

CHIARA CACCIAVILLANI  
associato di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Padova

DICHIARAZIONI NEGLI APPALTI PUBBLICI:  
PROFILI GENERALI E PROBLEMATICI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili generali. – 2.1. Dichiarazioni sostitutive e semplificazione amministrativa. – 2.2. Principi generali in materia di evidenza pubblica. – 2.3. Il criterio interpretativo c.d. teleologico. – 3. Questioni applicative. – 3.1. Dichiarazioni sostitutive. – 3.2. Dichiarazione di presa visione dei luoghi. – 3.3. Dichiarazioni su moduli predisposti dalla stazione appaltante. – 3.4. Dichiarazioni incomplete. – 3.5. La c.d. chiamata di soccorso. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Il codice dei contratti pubblici subordina la partecipazione alle gare pubbliche, nonché l'acquisto della posizione di aggiudicatario e di contraente di una stazione appaltante, al possesso di una serie di requisiti, che distingue in requisiti di ordine generale e in requisiti di idoneità professionale<sup>1</sup>; per gli appalti di servizi e di fornitura il codice menziona anche requisiti di capacità economica e finanziaria e requisiti di capacità tecnica e professionale<sup>2</sup>.

Il codice indica i requisiti di carattere generale in negativo,

---

\*Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici", Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008

<sup>1</sup> Indicati i primi dall'art. 38, i secondi dall'art. 39. Quanto a questi ultimi, cfr. per tutti M.R. SPASIANO - M. CALABRÒ, *I requisiti di idoneità professionale*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, II, Milano, 2008, 1319 ss.

<sup>2</sup> Per i quali cfr., rispettivamente, l'art. 41 e l'art. 42.

stabilendo che essi sussistono ove il soggetto non versi in una determinata situazione, ed è pacifico che essi condizionano sia la partecipazione alle gare sia la capacità di stipulare il contratto, posto che l'art. 38 stabilisce che chi ne è privo è escluso dalla procedura e non può stipulare il contratto.

Il mezzo ordinario per documentare e affermare in gara il possesso dei requisiti è rappresentato dalle dichiarazioni sostitutive, alcune delle quali sono indicate e imposte dalla legge<sup>3</sup>, mentre altre dalla *lex* di gara, e quindi con atto formalmente amministrativo. Si riconosce, quanto ai requisiti il cui possesso va attestato con dichiarazioni sostitutive che siano richiesti dalla legge e di cui non vi sia menzione nella *lex* di gara, che questa sia eterointegrata dalle relative disposizioni, in applicazione della regola posta dall'art. 1339 c.c.<sup>4</sup>.

Le dichiarazioni sostitutive vengono dunque richieste agli aspiranti concorrenti o ai concorrenti per dar conto della loro idoneità ovvero della loro capacità, oggettiva e soggettiva, a partecipare alle gare pubbliche, a rendersi aggiudicatari e quindi a contrattare con l'amministrazione; nella minuziosa disciplina che il codice dei contratti pubblici introduce al riguardo è con chiarezza individuabile lo sforzo profuso dal legislatore per ridurre la discrezionalità delle stazioni appaltanti quanto all'individuazione – non libera, ma indotta e governata dai requisiti che esso individua – dei soggetti con i quali entrare in contatto per l'affidamento di commesse pubbliche<sup>5</sup>.

## 2. Profili generali.

### 2.1. Dichiarazioni sostitutive e semplificazione amministrativa.

Nelle procedure selettive, dunque, le dichiarazioni sostitutive tengono luogo dei certificati o dei documenti atti a certiorare il possesso di requisiti prescritti.

Nella generalizzazione che il codice dei contratti pubblici attua

---

<sup>3</sup> Il codice dei contratti pubblici, ma anche leggi diverse, quali la legge sul diritto al lavoro dei soggetti disabili.

<sup>4</sup> Sull'eterointegrazione della *lex* di gara, cfr. per tutti R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., II, 1310 ss.

<sup>5</sup> Cfr. in argomento R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., II, 1267 ss.

quanto all'impiego delle dichiarazioni sostitutive in funzione di attestazione del possesso di requisiti, è con chiarezza rinvenibile una delle principali linee di tendenza del diritto amministrativo contemporaneo: quella c.d. della semplificazione del rapporto tra cittadino e p.a., che si realizza anche con la riduzione degli oneri di produzione documentale a carico del primo. Il Consiglio di Stato precisa invero che le dichiarazioni sostitutive non hanno funzione o finalità di creare certezza pubblica, “ma solo di attenuare all'interno del singolo procedimento l'onere delle dimostrazioni che il privato sarebbe tenuto a offrire tramite documenti pubblici”<sup>6</sup>.

La misura di semplificazione ha naturalmente, a contro-altare, il c.d. principio dell'autoresponsabilità del dichiarante, il quale può essere chiamato a rispondere delle dichiarazioni false eventualmente rilasciate ai fini certificativi<sup>7</sup>.

È da aggiungere che anche questa, come tutte le misure di semplificazione, trascina con sé una complicazione<sup>8</sup>: ossia la necessità, espressa ora dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che la stazione appaltante svolga un sub-procedimento di controllo sulla veridicità delle dichiarazioni rese; si tratta, dispone la norma, di un controllo a campione che deve svolgersi prima dell'apertura delle offerte, così che la gara deve essere sospesa sino a che esso non si sia esaurito<sup>9</sup>.

Il legislatore ha così introdotto una misura di semplificazione per il dichiarante, che determina però un aggravamento del procedimento per l'amministrazione. Rimane fermo inoltre che la stazione appaltante ha l'obbligo di accertare l'effettivo possesso dei requisiti prima dell'aggiudicazione definitiva<sup>10</sup>.

Poiché le dichiarazioni sostitutive, in quanto funzionalizzate ad attestare in gara il possesso dei requisiti di partecipazione, sono richieste a

---

<sup>6</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1608.

<sup>7</sup> S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, I, Torino, 2007, 288 ss.

<sup>8</sup> Cfr. gli essenziali rilievi di R. FERRARA, *Le “complicazioni” della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.; con riferimento alle misure di semplificazione nelle procedure di evidenza pubblica cfr. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit.

<sup>9</sup> In argomento cfr. D. PONTE, *Il controllo a campione sul possesso dei requisiti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., II, 1607 ss.

<sup>10</sup> Cfr. determinazione dell'Autorità di vigilanza 2 marzo 2005, n. 1.

pena di esclusione, se ne dovrebbe ricavare che tanto laddove non siano fornite – fattispecie di omissione totale della dichiarazione – quanto laddove siano fornite dichiarazioni di per sé non qualificabili come dichiarazioni sostitutive – fattispecie di dichiarazione fornita, ma non nella forma prescritta e non con l’idoneità-efficacia prescritta – vada applicata la sanzione espulsiva.

Sennonché, sovente, non è questo l’approdo cui giunge la giurisprudenza amministrativa, sia dei T.a.r. sia del Consiglio di Stato, che mostra così di respingere una conclusione che sembrerebbe ineludibile sul piano puramente logico-formale. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale che merita di essere indagato, allo scopo di individuare a quali parametri di giudizio sia ancorato e di vagliarne la coerenza con il sistema.

## 2.2. *Principi generali in materia di evidenza pubblica.*

Le gare pubbliche sono governate, secondo quanto comunemente si afferma, da tre principi fondamentali: il principio della *par condicio* dei concorrenti; il principio del *favor participationis*; il principio di legalità, nell’accezione di vincolatività della fattispecie precettiva rappresentata (anche, ma non solo) dalla *lex* di gara.

Il principio della *par condicio* garantisce non solo l’imparzialità amministrativa, ma anche l’eguaglianza sostanziale degli operatori e insieme la libera competizione di questi secondo le logiche del mercato: il suo rispetto preclude che talun concorrente venga fatto oggetto, dall’amministrazione, di un trattamento idoneo a procurargli, in funzione dell’assegnazione dell’appalto, un vantaggio indipendente dal contenuto sostanziale della sua offerta, e per ciò solo qualificabile come indebito. Spesso, perciò, il principio del *par condicio* è declinato nella massima per cui il suo rispetto esige che le regole che governano la gara vanno osservate rigorosamente e non possono essere derogate in favore di qualche concorrente.

Il *favor participationis* è funzionale alla selezione tra il maggior numero possibile di offerte e garantisce all’amministrazione di poter scegliere l’offerta che risulti comparativamente migliore tra quelle formulate: è così, *in primis*, garanzia dell’interesse pubblico alla scelta migliore, che tale può essere in quanto effettuata in sede di comparazione

tra il maggior numero possibile di offerte<sup>11</sup>. Ma il *favor participationis* garantisce anche una maggiore competizione tra operatori e quindi il mercato, che è valore di rilievo comunitario, espresso nei principi (comunitari) della libera circolazione delle merci e dei capitali, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi<sup>12</sup>.

Il principio della vincolatività della fattispecie precettiva rappresentata (anche) dalla *lex* di gara, infine, risponde al principio di legalità, perno dell'ordinamento giuridico<sup>13</sup>: la regola posta va osservata, non può essere disapplicata se non (forse) ove in contrasto con i principi comunitari, rappresenta un'autolimitazione per l'amministrazione che l'abbia posta; di qui il rilievo, sovente svolto dalla giurisprudenza, che la norma precettiva posta dalla p.a. (in sede di formulazione della *lex* di gara) può essere modificata solo dall'organo che l'ha posta, non già da parte di un organo straordinario qual è la commissione di gara.

È da notare peraltro che anche il principio della vincolatività della fattispecie precettiva è funzionale a garantire l'apertura alla competizione del mercato degli appalti pubblici, e ciò in forza della riduzione – indotta dalla sua applicazione – della discrezionalità delle stazioni appaltanti circa la partecipazione e l'aggiudicazione, perché alle regole poste (vuoi dalla legge, vuoi dalla *lex specialis*) le stazioni appaltanti sono vincolate<sup>14</sup>.

A questi principi-base sono riconducibili le regole dell'evidenza pubblica ora recate dal codice dei contratti pubblici, che di quei principi sembrano invero, sotto più di un aspetto, corollari. Tali sono, *in primis*, le regole relative alla pubblicità, la cui funzione è di consentire la massima apertura ai potenziali interessati (*favor participationis*) e nel contempo di garantire la parità di condizioni e di trattamento dei partecipanti (*par condicio*). Ma tali sono anche le regole, rigorose e puntuali, relative alla forma e al procedimento, la cui funzione è di consentire l'imparzialità e di limitare non solo l'arbitrarietà, ma anche la discrezionalità dell'amministrazione (ancora, a garanzia della *par condicio* e del *favor*

---

<sup>11</sup> In argomento cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.

<sup>12</sup> Come riconosce Corte cost., sent. n. 401/2007. E invero, secondo quanto rileva M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico*, cit., 299, la garanzia del libero mercato è divenuta prioritaria nella normazione recente sia comunitaria, sia interna.

<sup>13</sup> Per tutti, cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002.

<sup>14</sup> Cfr. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., ma anche R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 1267 ss.

*participationis*)<sup>15</sup>.

È agevole constatare che i cennati principi-base sono, sotto il profilo funzionale, tra loro compenetrati, o meglio che l'area funzionale che ciascuno di essi copre non è rigidamente separabile da quella delineabile in relazione agli altri.

È quindi possibile che, in sede di interpretazione e di applicazione di una singola disposizione che disciplina il procedimento di selezione, si constati che essa è a funzionalità eterogenea, apparendo riconducibile a più d'uno dei valori espressi dai principi-base di cui si è detto: ed è constatazione, questa, che può indurre (e forse anche giustificare) soluzioni difformi di questioni che presentano marcati elementi di similitudine, in dipendenza del valore – sotteso alle regole in ordine alla cui corretta applicazione sorge questione – che di volta in volta appaia preponderante e che appaia bisognevole di maggiore protezione.

Ma è anche possibile, ed è anzi frequente, che i diversi principi-base entrino, sotto il profilo funzionale, in conflitto l'uno con l'altro: conflitto reso evidente, e plastico, dalle conclusioni dissonanti cui conduca l'interpretazione rigorosa di singole disposizioni applicabili a una fattispecie concreta, a seconda che le si riguardi dal diverso punto prospettico rappresentato dall'uno o dall'altro dei principi-base.

E invero il *favor participationis*, che di per sé potrebbe indurre a derogare al rigore di determinate regole che siano volte a escludere la partecipazione di colui che sia incorso in errori di carattere formale, può cozzare contro il principio della vincolatività della fattispecie precettiva, che condurrebbe a sanzionare con la misura espulsiva la violazione di quelle regole.

Il principio del *favor participationis* inoltre può cozzare contro il principio della *par condicio*, e ciò tutte le volte in cui possa concludersi che la deroga al rigore formale di regole sulla partecipazione, pur nell'ipotesi in cui l'osservanza di queste non sia prescritta a pena di esclusione, si traduca in vantaggio – che ben può consistere nella riduzione o attenuazione di oneri procedurali – di un concorrente, che risulti di fatto posto in condizione meno onerosa, e quindi più vantaggiosa, rispetto ad altro.

### 2.3. Il c.d. criterio interpretativo teleologico.

---

<sup>15</sup> M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico*, cit., S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit.

Proprio in materia di dichiarazioni negli appalti pubblici la giurisprudenza amministrativa ha in corso una revisione della portata stessa dei principi cennati o, forse più esattamente, del loro reciproco rapporto e dell'interferenza tra l'uno e l'altro.

Quest'opera di revisione viene condotta – sotto la spinta della dottrina e nell'influsso della giurisprudenza comunitaria<sup>16</sup> – in forza del richiamo e dell'applicazione del c.d. criterio teleologico, o funzionale, ispirato a una visione più marcatamente sostanzialistica, rispetto al passato, del rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato.

Bisogna essere avvertiti che la giurisprudenza amministrativa non è univoca nel seguire questa via, non potendosi certo ritenere abbandonato l'orientamento tradizionale che marcatamente si affida, per la soluzione delle controversie, sulla pressoché esclusiva considerazione e valorizzazione di dati normativi formali; e bisogna essere avvertiti anche che pur nell'ambito dell'orientamento che, in contrapposizione a quello che si può definire tradizionale, poggia su criteri interpretativi teleologici o funzionali, sono rinvenibili soluzioni non univoche, tali da non rendere percepibile con chiarezza, o quanto meno con immediatezza, la *ratio decidendi* che le sorregge.

La non univocità delle soluzioni elaborate con riguardo a fattispecie almeno apparentemente uguali è però inevitabile in ogni ipotesi in cui si segua un approccio ermeneutico – riferito a singole regole – sostanzialistico, o teleologico, tanto più laddove le singole regole siano riconducibili a principi elastici e dai contorni non precisamente definiti. Ciò induce, necessariamente, elasticità nella soluzione del singolo caso, da un lato, e impone all'interprete di prestare la massima attenzione alla peculiarità della singola fattispecie decisa, dall'altro lato.

Il corollario che ne deriva è che la tecnica del richiamo ai precedenti giurisprudenziali, sovente adoperata dalle stazioni appaltanti per risolvere questioni che insorgono nel corso del procedimento selettivo, è non solo di difficilissima applicazione, ma molto spesso decisamente fuorviante. Tanto più pericoloso può essere l'impiego della tecnica del richiamo al precedente giurisprudenziale conforme da parte del giudice

---

<sup>16</sup> Cfr. in argomento, su un piano più generale, i rilievi di S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, spec. 153 ss.

amministrativo che, nel farne impiego, non tenga adeguatamente conto delle peculiarità che giustificano l'adozione della soluzione elaborata nella pronuncia che sia ritenuta integrante un precedente conforme<sup>17</sup>. Più che al precedente giurisprudenziale inteso come mero segno della decisione, invero, occorrerebbe guardare alla logica che lo ispira e al criterio ermeneutico di volta in volta applicato, necessariamente ancorato alle peculiarità – di cui sarebbe necessario che i giudicanti dessero puntualmente conto – della singola concreta fattispecie: il precedente dovrebbe rilevare, in altre parole, per la riconduzione delle singole regole all'uno o all'altro dei principi fondamentali di materia, in funzione di individuare quale ne sia, o ne possa essere, la corretta graduazione o armonizzazione.

Ma è a dire anche che la non univocità delle soluzioni giurisprudenziali è indotta dal fatto che i principi-base di materia – cui sono riconducibili le singole e spesso frastagliate regole poste sia dal codice dei contratti pubblici, sia dalla *lex* della singola gara – sono di per sé orientati a cozzare l'uno contro l'altro: il *favor participationis*, che si assume essere principio generale di materia, è principio che si scontra, quanto meno in potenza, con il formalismo giuridico<sup>18</sup>.

Emerge così in tutta la sua evidenza, nel settore che si passa in rassegna, il problema del “rapporto tra norme di principio e clausole generali da una parte e precetti specifici dall'altra”<sup>19</sup>: problema che la giurisprudenza amministrativa, oggi, spesso risolve valorizzando i principi del diritto a scapito delle semplici regole.

Il criterio ermeneutico c.d. teleologico è criterio che appare indotto, appunto, dalla valorizzazione dei principi a scapito delle semplici regole: e conduce all'approdo giurisprudenziale – chiaramente oggi individuabile,

---

<sup>17</sup> Di qui lo sconforto ingenerato nel giurista da disposizioni quali quella recata dall'art. 26, comma 4, della legge n. 1034 del 1971, che consentono al giudice di decidere le controversie con sentenze succintamente motivate basate sul richiamo di precedenti conformi: si tratta di disposizioni che, fors'anche perché non sempre correttamente applicate dai giudici, conducono a un appiattimento della giurisprudenza, e più ancora a ridurre la possibilità di ricavare da essa, in relazione all'operazione di composizione dei principi che innervano le singole regole cui essa è chiamata, linee coerenti e in grado di consentire di orientare in modo chiaro gli operatori.

<sup>18</sup> In argomento cfr. gli essenziali rilievi di G. OPPO, *Principi*, Torino, 2001.

<sup>19</sup> Così F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 3.

quand'anche non sia il solo rinvenibile in materia – che, nei procedimenti selettivi, la sanzione espulsiva può essere legittimamente applicata solo per quelle violazioni o omissioni del dichiarante che si risolvano in un *vulnus* a un interesse sostanziale della stazione appaltante, ovvero che arrecano *vulnus* a quei valori che assurgono a principi fondamentali di materia.

Il che determina la dequotazione, più o meno marcata ma sempre riscontrabile, delle regole formali, o, più esattamente, la dequotazione della rilevanza della violazione delle regole formali.

L'accentuazione del dato sostanziale sul dato formale conduce per esempio alla conclusione che la forma della dichiarazione, quand'anche prescritta *ad substantiam*, ha comunque funzione strumentale in quanto imposta per il conseguimento di un fine o per la tutela di un "valore": con la conseguenza che quando il fine perseguito dalla norma che impone quella determinata forma è *comunque* garantito, e protetto è il valore che la regola presidia, la dichiarazione è *comunque* da considerarsi "regolare" quand'anche non rispettosa della forma legale, senza che la sua difformità dal paradigma normativo possa essere legittimamente sanzionata con l'estromissione dalla gara.

In questa particolare declinazione del c.d. principio teleologico è rinvenibile la linea di tendenza del diritto amministrativo contemporaneo alla prevalenza del dato sostanziale su quello formale, ovvero alla degradazione della violazione formale in mera irregolarità ove lo scopo voluto dalla norma che quella determinata forma impone – e al quale quella determinata forma è strumentale – sia comunque raggiunto.

L'irregolarità si risolve in una qualificazione dell'atto giuridico insufficiente a comportare la qualificazione dell'atto che ne sia affetto come atto colpito da una patologia grave<sup>20</sup>: idonea a condurre all'annullamento del provvedimento, ove venga in considerazione un atto autoritativo; idonea a condurre alla sanzione prevista per la difformità dal paradigma legale, laddove venga in considerazione una dichiarazione richiesta nel procedimento a un privato.

La linea di tendenza del diritto sostanziale contemporaneo è – per i

---

<sup>20</sup> Sulla categoria dell'irregolarità nel diritto amministrativo cfr., ancora, A. ROMANO TASSONE, *Contributo allo studio dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1992; G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario 2002 dell'A.i.p.d.a.*, Milano, 2002, 81 ss.; da ultimo, in argomento, cfr. F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invaldità amministrativa*, Torino, 2003.

provvedimenti amministrativi – espressa dall’art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 (introdotto con la legge n. 15 del 2005), che del resto recepisce alcuni orientamenti pregressi della giurisprudenza amministrativa<sup>21</sup>; ed è espressa – per le dichiarazioni dei privati nei procedimenti di gara – da alcune disposizioni che si rinvengono nel codice dei contratti pubblici, nonché da una parte della giurisprudenza amministrativa<sup>22</sup>.

### 3. *Questioni applicative.*

#### 3.1. *Dichiarazioni sostitutive.*

La legge di materia – il d.p.r. n. 445/2000 – stabilisce che sono dichiarazioni sostitutive quelle accompagnate dalla fotocopia del documento di identità del dichiarante: se ne ricava che laddove manchi la fotocopia di detto documento, la dichiarazione resa non è qualificabile come dichiarazione sostitutiva. E poiché la dichiarazione sostitutiva è richiesta a pena di esclusione, la sua mancanza – di per sé riscontrabile ove manchi la fotocopia del documento di identità del dichiarante – dovrebbe determinare l’esclusione del dichiarante dal procedimento.

Su questa linea sembra saldamente assestata la giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato ha invero chiarito che l’allegazione di copia fotostatica del documento del sottoscrittore costituisce elemento che condiziona la “giuridica esistenza ed efficacia” delle dichiarazioni che devono essere rese *ex* d.p.r. n. 445/2000, e ha precisato che “l’obbligo di produrre copia del documento di identità risulta inderogabile in considerazione della sua introduzione quale forma di semplificazione; né è

---

<sup>21</sup> Per tutti, R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell’invalidità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustamm](http://www.giustamm), 12/2005; F.G. COCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento, processo*, Milano, 2004 F. LUCIANI, *L’annullabilità degli atti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 379 ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, II, Padova, 2007, 11 ss.

<sup>22</sup> Cfr., per l’individuazione e per la disamina critica dell’orientamento giurisprudenziale cennato, S.S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 172 ss.

data possibilità di regolarizzazione o integrazione del documento mancante, nel rispetto anche della *par condicio* tra i concorrenti”<sup>23</sup>.

Ancora, nel decidere il caso dell’offerente che aveva omesso di allegare alle dichiarazioni richieste (a pena di esclusione) *ex* d.p.r. n. 445/2000 la fotocopia del documento di identità e che, escluso dalla commissione di gara, aveva impugnato il relativo provvedimento deducendone l’illegittimità per il fatto che detta fotocopia era racchiusa in altra busta, e specificamente nella busta contenente l’offerta economica, il Consiglio di Stato ha affermato che “non giova al ricorrente invocare i principi della massima partecipazione, né pretendere che l’omissione decada al rango di mera irregolarità formale, sanabile anche in virtù dell’inclusione di copia (del documento di identità) nella domanda di partecipazione o in un diverso plico contenente l’offerta economica disgiunto dalle dichiarazioni interessate e destinato a diversa fase di apertura”. Ciò perché “l’amministrazione, per le varie dichiarazioni sostitutive, si è vincolata al rispetto delle prescrizioni della legge (del d.p.r. n. 445), esplicitamente richiamata nella *lex specialis*, la quale se da un lato semplifica la procedura, agevolando quindi la posizione del privato/impresa richiedente, dall’altra pretende, nell’ambito della realizzazione di una fattispecie complessa, l’ossequio a un minimo ineludibile di formalità (che non è certo un rilevante aggravio), a garanzia della consapevole e responsabile provenienza della documentazione”<sup>24</sup>.

Sennonché il Consiglio di Stato ha anche precisato che la fattispecie di dichiarazione non corredata da fotocopia del documento di identità del dichiarante *non sempre* determina la necessaria estromissione dalla gara del concorrente, quand’anche la dichiarazione sostitutiva – di cui la fotocopia del documento di identità del dichiarante è pacificamente elemento strutturale – sia richiesta a pena di esclusione: e invero “indiscussa l’importanza dell’allegazione del documento di identità alla dichiarazione, la formalità prescritta dall’art. 38 del d.p.r. n. 445 non deve però essere tramutata in un *formalismo senza scopo*, esigendo che più dichiarazioni rese dalla stessa persona in un medesimo procedimento e facenti parte di un medesimo insieme probatorio perché inserite in una

---

<sup>23</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 27 maggio 2005, n. 2745, e giurisprudenza ivi richiamata (Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2002, e 1 ottobre 2003, n. 5677). Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, n. 2269 del 2006.

<sup>24</sup> Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2003, n. 5677.

stessa busta contenente la documentazione amministrativa per la gara, debbano necessariamente essere accompagnate, *ciascuna*, da una copia del documento di identità”<sup>25</sup>.

Il giudice amministrativo, detto altrimenti, afferma la sufficienza, per negare che la sanzione espulsiva possa essere legittimamente comminata, di un “nitido collegamento”, ovvero di un “rapporto di coesione materiale” (tra la dichiarazione resa e il suo elemento strutturale rappresentato dalla fotocopia del documento di identità del dichiarante), non ritenendo invece necessaria una “congiunzione materiale immediata”<sup>26</sup>.

Nel così decidere il giudice amministrativo mostra di interpretare teleologicamente sia la norma sulle modalità di redazione e sulla forma delle dichiarazioni sostitutive, sia la norma sulla necessità, per attestare la sussistenza dei requisiti di partecipazione, della dichiarazione sostitutiva: il fine di entrambe è di garantire che la dichiarazione – volta ad affermare il possesso del requisito di partecipazione – provenga da un soggetto precisamente individuato, che con il presentarla si assume la responsabilità derivante dall’eventuale falsità di quanto dichiarato, ed essa reputa che detto fine è conseguito laddove ciò cui il d.p.r. n. 445/2000 collega la garanzia al riguardo – ossia la fotocopia del documento di identità del dichiarante – comunque ci sia e comunque sia rinvenibile dall’amministrazione nella fase procedimentale in cui è chiamata a svolgere l’accertamento al riguardo.

Ma la medesima soluzione non è praticabile nel caso in cui la fotocopia del documento di identità del dichiarante sia contenuta in un plico diverso, destinato a essere aperto in un momento successivo: perché l’amministrazione deve accertare nel momento prescritto dalla legge, e non in un altro e successivo momento, la sussistenza del requisito di partecipazione assoggettato ad attestazione in forza di dichiarazione sostitutiva<sup>27</sup>.

La conclusione che se ne ricava è che il criterio teleologico, o

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2006, n. 25. E dunque, l’esclusione non può essere disposta *se e in quanto* la fotocopia del documento di identità del dichiarante sia allegata ad altra dichiarazione contenuta *nella medesima busta*, che racchiude la documentazione amministrativa.

<sup>26</sup> In questi termini si esprime T.a.r. Veneto, Sez. I, 16 gennaio 2007, n. 82.

<sup>27</sup> Arg. *ex* Cons. Stato, Sez. V, n. 25 del 2006, cit.

funzionale, applicato alle regole che disciplinano le dichiarazioni sostitutive, non consente di derogare all'ordine procedimentale prescritto dalla legge per lo svolgimento delle operazioni di gara, in quanto ordine imposto a garanzia dell'imparzialità della scelta rimessa alla stazione appaltante (che sarebbe invero esposta al pericolo di essere vulnerata nel caso in cui si procedesse all'apertura dei plichi racchiudenti gli elementi contenutistici delle offerte prima che si fosse definitivamente acclarato che si tratta di offerte formulate da soggetti che hanno titolo alla partecipazione alla gara): il criterio teleologico incontra dunque un limite insuperabile nel principio di legalità, che si impone in quanto funzionale alla garanzia di un valore – o principio – fondamentale qual è quello dell'imparzialità – a tutela del mercato – dell'amministrazione.

### 3.2. Dichiarazione di presa visione dei luoghi.

Non è infrequente che la *lex* di gara richieda, e richieda a pena di esclusione, la dichiarazione di presa visione dei luoghi nei quali l'opera o il servizio posti in gara dovranno essere eseguiti.

La giurisprudenza – dopo una prima fase di assoluto rigore, che la conduceva a riconoscere la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti del concorrente che non avesse reso la dichiarazione al riguardo – ha stemperato il problema affermando che la mancanza della dichiarazione non va sanzionata con l'esclusione ove risulti che il soggetto comunque ha visionato i luoghi o comunque mostra di avere piena contezza di ciò che dovrà fare e delle condizioni in cui lo dovrà fare ove dovesse risultare aggiudicatario.

È chiaro che per giungere a questo approdo la giurisprudenza ha seguito un percorso arduo, che l'ha condotta, di fatto, a qualificare come recessivo il principio di vincolatività della fattispecie precettiva rappresentata dalla *lex* di gara<sup>28</sup> in forza dell'applicazione del principio c.d. teleologico, per il quale se è comunque garantito l'interesse pubblico cui è preordinata la dichiarazione richiesta all'offerente a pena di esclusione, la

---

<sup>28</sup> Perché la prescrizione che esige la dichiarazione a pena di esclusione è una prescrizione che integra la *lex specialis* che la stessa amministrazione si è data, così che essa, in conformità ai principi generali dell'azione amministrativa, non la potrebbe disapplicare ma solo, semmai rimuovere in autotutela.

manca della dichiarazione non va sanzionata con l'esclusione.

### 3.3. *Dichiarazioni su moduli predisposti dalla stazione appaltante.*

Spesso sono richieste *dichiarazioni su moduli* predisposti dalla stazione appaltante, e la redazione in conformità al modulo è richiesta a pena di esclusione.

Al riguardo la giurisprudenza è solida nell'applicazione del principio teleologico, concludendo per la sufficienza – e l'essenzialità, ai fini della partecipazione – del contenuto della dichiarazione, e così escludendo che una forma determinata di questa possa essere imposta dalla stazione appaltante, ovvero assurgere a elemento condizionante la partecipazione<sup>29</sup>.

La soluzione giurisprudenziale è ora avallata, come sovente avviene, dal legislatore, che a essa si è uniformato con la disposizione recata dall'art. 73 codice dei contratti pubblici, per il cui comma 4 “la prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle offerte non può essere imposta a pena di esclusione”.

### 3.4. *Dichiarazioni incomplete.*

Non infrequente infine è l'ipotesi delle dichiarazioni incomplete, che si delinea allorché il dichiarante dichiara quello che ritiene pertinente, e omette quello che ritiene non pertinente.

Il problema che ne deriva è di particolare rilievo per le dichiarazioni sull'affidabilità morale-professionale del concorrente, alla luce del rilievo che il codice dei contratti pubblici qualifica come causa di esclusione l'accertamento giudiziale della commissione, oltre che di quelli specificamente indicati<sup>30</sup>, anche di reati individuati con la sola (e anodina) formula della loro incisione sulla “moralità professionale”, così

---

<sup>29</sup> Cfr. per tutte T.a.r. Veneto, 82/2007, cit.

<sup>30</sup> Reati pertanto che, ove accertati dall'autorità giudiziaria penale nelle diverse forme indicate dall'art. 38, comma 1, lett. c), determinano la doverosità della sanzione espulsiva, trattandosi di reati che, nella valutazione compiuta dal legislatore, escludono di per sé e in via automatica la sussistenza del requisito di ordine generale rappresentato dalla c.d. affidabilità morale.

richiedendo – a pena di esclusione – la dichiarazione dell’insussistenza di questi.

Può invero accadere che un soggetto dichiari bensì l’assenza di reati che incidono sulla sua affidabilità, pur risultando che egli abbia compiuto altri reati, che non sono però quelli che si può assumere siano rilevanti, alla stregua dei canoni indicati dal codice dei contratti pubblici, nel settore degli appalti pubblici. Si pone così il problema di stabilire da un lato se la dichiarazione possa essere considerata falsa, dall’altro lato se il soggetto che l’ha resa debba essere escluso dalla gara.

Anche in queste ipotesi la giurisprudenza amministrativa applica con cautela la normativa di riferimento, alla luce di quella che ritiene esserne la *ratio*; e ha così ritenuto, sotto un primo profilo, che spetta alla stazione appaltante verificare se un reato pregresso incide o no sull’affidabilità morale-professionale del concorrente; ma ha ritenuto anche che la sanzione espulsiva non può essere legittimamente comminata nei confronti di un soggetto che non abbia dichiarato ogni reato pregresso, essendo essa comminabile solo a fronte dell’omessa dichiarazione di reati che la p.a. ritenga, esplicitandone le ragioni in sede di motivazione, essere rilevanti in quanto incidenti sull’affidabilità morale del concorrente in relazione all’*opus* messo in gara<sup>31</sup>.

### 3.5. *La c.d. chiamata di soccorso.*

Si pone, per le dichiarazioni incomplete, il problema dei limiti di applicabilità della norma sulla c.d. *chiamata di soccorso*, ora trasfusa nell’art. 46 codice dei contratti pubblici, secondo cui in caso di dichiarazione incompleta, lacunosa, non chiara, l’amministrazione può richiedere integrazioni e/o chiarimenti<sup>32</sup>.

I limiti di applicabilità della norma sono, apparentemente, chiari: essa non può essere applicata laddove dalla chiamata di soccorso derivi l’alterazione della *par condicio* dei concorrenti, da un lato, e laddove la sua applicazione conduca alla disapplicazione della *lex* di gara – il che si verificherebbe nel caso in cui il concorrente, in favore del quale si predichi

---

<sup>31</sup> T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I, 15 marzo 2007, n. 2313; T.a.r. Piemonte, Sez. II, 3 aprile 2007, n. 1537.

<sup>32</sup> In argomento cfr. M. OCCHIENA - H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, cit., 1593 ss.

la possibilità della chiamata di soccorso, sia incorso in una omissione sanzionata dalla *lex* con l'espulsione dalla procedura – dall'altro lato.

Se la giurisprudenza è compatta nel ritenere che la chiamata di soccorso vada disposta a fronte di clausole di *lex specialis* non chiare, contraddittorie o perplesse, una parte di essa ritiene di dover distinguere le ipotesi in cui manchi del tutto la dichiarazione di un atto, di un fatto o di una notizia, dalle ipotesi in cui atti, fatti o notizie siano comunque estrapolabili dal tenore complessivo della documentazione fornita dal concorrente. Ove ricorra quest'ultima ipotesi, essa ritiene, è legittima la chiamata di soccorso, ed è quindi ammessa l'integrazione/specificazione delle dichiarazioni rese, senza che ciò possa alterare la *par condicio* né incidere sul principio della vincolatività della fattispecie precettiva, perché l'interesse a presidio del quale la notizia è ritenuta necessaria, è comunque salvaguardato ove sia possibile constatare che la notizia, pur in modo o con forme diverse da quelle prescritte, è stata fornita.

Infine una parte della giurisprudenza ritiene che l'esclusione possa essere legittimamente disposta solo per quelle omissioni che ledono un interesse sostanziale della stazione appaltante, e quindi per il silenzio su dati, fatti, notizie, la cui conoscenza per l'amministrazione è essenziale in relazione all'*opus* messo in gara e al risultato che vuole conseguire: in ogni altra ipotesi, essa conclude, si giustifica la chiamata di soccorso<sup>33</sup>.

Da notare che un simile approdo viene ritenuto impraticabile ove manchi la sottoscrizione del dichiarante, che non è reputata integrabile per il fatto che la mancanza di sottoscrizione non è mera irregolarità, ma impossibilità di collegare la dichiarazione a un soggetto determinato<sup>34</sup>.

Sulla base di questi diversi orientamenti giurisprudenziali, si distingue, quanto ai limiti di applicabilità della norma sulla chiamata di soccorso, un criterio teleologico c.d. *debole* – riferito alle clausole poco chiare, che pacificamente giustificano la chiamata di soccorso – e un criterio teleologico c.d. *forte* – che giustifica la chiamata di soccorso con riferimento a quelle clausole che impongono un *quid* che non risponde a un interesse pubblico essenziale della stazione appaltante<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Per la rassegna dei diversi orientamenti giurisprudenziali, cfr. da ultimo M. OCCHIENA - H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, cit., 1599 s.

<sup>34</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 364.

<sup>35</sup> Cfr. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit.

La giurisprudenza è oscillante nell'impiego dell'uno e dell'altro, e in questa sua oscillazione è evidente il diverso peso ponderale di volta in volta attribuito all'uno o all'altro dei tre principi fondamentali sull'evidenza pubblica di cui si è detto.

#### 4. Conclusioni.

Si può essere scettici sugli approdi cui giunge una parte della giurisprudenza, così come si può stigmatizzare che l'eterogeneità delle soluzioni che essa di volta in volta fornisce determina una generale incertezza negli operatori; si può dubitare anche, su un piano generale, della bontà dell'applicazione del criterio teleologico all'interpretazione delle norme giuridiche<sup>36</sup>.

Bisogna però riconoscere che, in materia di gare pubbliche – governate da principi elastici e dai contorni non rigidamente definiti, cui l'intera disciplina di settore si presta a essere ricondotta – l'impiego del criterio teleologico, quanto meno nel suo contenuto minimale o debole, è l'unico mezzo che consente di garantire da un lato la massima partecipazione alle gare, che è preciso interesse sia della stazione appaltante sia degli operatori e che appare inoltre rispondente al principio espresso dall'art. 41 Cost., dall'altro lato il massimo confronto concorrenziale tra imprese, che è l'interesse generale al mercato e alla concorrenza.

E invero l'impiego del solo criterio formale, se è senza dubbio assolutamente rispondente al principio di legalità, presenta però il grave inconveniente di sanzionare con l'esclusione dalla gara un'omissione o una difformità dal paradigma legale che abbia rilievo prettamente formale, pur non trattandosi di omissione o difformità che ponga a rischio un interesse sostanziale della stazione appaltante ovvero gli interessi generali che la disciplina degli appalti pubblici appare diretta a tutelare.

È però ineludibile constatare che l'applicazione del criterio teleologico postula che la *lex* di gara sia assoggettata a ermeneusi per verificare ciò che in essa è essenziale e ciò che non lo è, ciò che risponde a un interesse sostanziale – e riconoscibile come tale – della stazione appaltante e ciò che non lo è, ciò che è interesse sostanziale preminente,

---

<sup>36</sup> Cfr. E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999.

perché indotto dal “valore” rappresentato dal mercato, da ciò che non lo è. La portata precettiva della *lex* di gara è così incrinata, e lo è in nome, in definitiva, del valore assegnato al mercato<sup>37</sup>.

Si impone, infine, la constatazione che ci si trova a fronte di una giurisprudenza che opera per principi e non più solo per regole, con i problemi che da ciò conseguono, primo tra tutti quello del (residuo) valore della certezza del diritto che sia espresso in regole puntuali e della sua effettività, in quanto si tratta di regole che, così la giurisprudenza mostra di ritenere, sono sovrastate dai principi<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Ma bisogna tener conto che, come magistralmente dimostra G. OPPO, *Principi*, cit., spec. 56 ss., il mercato, anche a volerlo ritenere un “valore” ispiratore di un principio (della tutela del mercato), è un valore “composito” o eterogeneo, a integrare il quale concorrono vari altri valori e principi, di necessaria ma necessariamente difficile armonizzazione.

<sup>38</sup> In argomento cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 17, e naturalmente G. OPPO, *Principi*, cit., spec. 60 ss., le cui riflessioni sui *principi* sono, sembra a me, più che semplicemente ineguagliabili, imprescindibili.