

La regolarizzazione tra forma e sostanza: dottrina e giurisprudenza a confronto (Nota a Cds, sez. IV, sentenza 11 ottobre 2006 n. 6059)

di Cristina Curatoli

Il Consiglio di Stato interviene sull'impugnazione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 1982 del 3 ottobre 2005, che ha respinto il ricorso proposto dalla società Alpes Costruzioni s.r.l., avente ad oggetto una richiesta di risarcimento del danno ingiusto subito in conseguenza di illegittima esclusione da una gara, per aver prestato, a titolo di cauzione provvisoria, una fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria, non legittimata alla relativa operazione, qualora si verta nell'ambito di gare d'appalto per opere pubbliche. L'illegittimità dell'atto di esclusione e della successiva aggiudicazione era stata precedentemente riconosciuta dallo stesso TAR Sardegna con la sentenza n. 460 del 19 aprile 2000, per poi essere confermata dal Consiglio di Stato, in sede di appello, con la decisione n. 1927 del 3 aprile 2001. In tale sede entrambi gli atti venivano annullati, in quanto pronunciati senza tener conto della presenza di una irregolarità sanabile posta in essere dalla società Alpes Costruzioni s.r.l., come tale insuscettibile di esclusione. Il giudice di primo grado motiva il rigetto della pretesa risarcitoria, sostenendo che difetti nella sentenza n. 1927 del 2001 del giudice di appello un chiaro riferimento al requisito della colpa in capo alla amministrazione appaltante, potendosi rilevare un riscontro di mera illegittimità del provvedimento di esclusione. Tale circostanza sarebbe, ad avviso del TAR Sardegna, avallata dal costante orientamento giurisprudenziale che, in tema di integrazione delle domande di partecipazione irregolari, fa riferimento alle sole offerte incomplete e irregolari, e non alla prova del possesso di un requisito di partecipazione. La presenza dell'elemento psicologico risulta, difatti, essenziale ai fini della configurazione della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., in assenza della quale la pretesa del privato deve ritenersi limitata alla sola tutela caducatoria. L'appello è accolto dal Consiglio di Stato che contrasta con la decisione di primo grado circa la presenza o meno di un riferimento al comportamento colposo della amministrazione appaltante, in quanto presupposto basilare dell'illegittimità dell'esclusione e dell'annullamento del relativo atto era stato rinvenuto dai giudici di primo e secondo grado proprio nell'affidamento ingenerato nel ricorrente circa l' ammissibilità della fideiussione prestata da una società di intermediazione finanziaria. Era stata, difatti, in più occasioni ammessa, da parte della medesima amministrazione, la partecipazione di soggetti a gare disciplinate da identici bandi, nonostante la fideiussione provenisse da una società di intermediazione finanziaria piuttosto che da una banca o da una società di assicurazione. E', dunque, riconosciuto al ricorrente il diritto al risarcimento del danno subito, ridotto, tuttavia, in funzione della sua evitabilità ove il concorrente avesse tenuto un comportamento diligente, prestando maggiore attenzione alle prescrizioni contenute nel bando di gara.

La sentenza in commento si inserisce in un contesto giurisprudenziale dai contorni altamente vaghi, data la difficoltà in un ambito quale quello delle gare d'appalto, di individuare un filo conduttore idoneo ad attribuire certezza ed uniformità di disciplina, soprattutto nella fase, di gran lunga più delicata, quale quella della scelta del contraente.

La complessità della questione, che si evince dalle indefinite oscillazioni giurisprudenziali sul tema, è data con una certa probabilità da fattori ineliminabili, o comunque eliminabili con notevole difficoltà, quali in particolar modo il sovrapporsi di fonti regolamentative diverse che disciplinano la procedura di gara, e delle quali, ancor oggi, risulta dubbia la qualificazione. E', difatti, indiscussa la discrezionalità ed il potere della p.a. appaltante di porre a fondamento della scelta del contraente i requisiti ad essa più congeniali, enucleabili da una valutazione da compiersi in concreto sulla base delle esigenze da soddisfare, o comunque in funzione di considerazioni di ordine economico e sociale ad essa rimesse, e variabili in funzione delle circostanze. Risultato di tale operazione è lo stesso bando di gara, che impone il rispetto di un insieme di regole autovincolanti, e al contempo dirette all'osservanza degli aspiranti contraenti della p.a.

Se da un lato, dunque, la *lex specialis* imposta dalla p.a. presenta un ampio margine di autoritatività e discrezionalità, dall'altro lato, tuttavia, l'analisi dei principi comunitari e della normativa dell'evidenza pubblica consentono di delineare una distinta posizione dell'amministrazione appaltante nei confronti dei concorrenti rispetto ai modelli del passato. A limitare la discrezionalità in ordine al bando di gara, ed in particolar modo a quella parte del bando relativa alla determinazione dei requisiti di partecipazione interviene, oggi, in modo sempre più prorompente, l'influenza del diritto comunitario e della valorizzazione di principi, quali il rispetto della par condicio dei concorrenti, la parità di accesso ai contratti della p.a., il principio di salvaguardia della concorrenzialità, l'imparzialità, la correttezza della p.a. che hanno favorito una maggiore attenzione verso gli interessi individualistici dei partecipanti ad una gara, permettendone una tutela rafforzata, e, superando così la posizione dottrinale e giurisprudenziale dominante negli anni addietro, per la quale la normativa dell'evidenza pubblica era posta ad esclusivo interesse e garanzia della pubblica amministrazione.

Come sottolineato chiaramente da autorevole dottrina, tuttavia, "tra misure a tutela della pubblica amministrazione e misure a tutela della concorrenza non vi è necessariamente coincidenza; possono anzi addirittura collidere"(1). La tutela di esigenze tra loro divergenti, talora incompatibili, genera un nodo problematico non facile da sciogliere; e da qui un interrogativo: A quali esigenze i giudici devono conferire maggiore attenzione? In che modo gli stessi possono realizzare quel contemperamento di interessi che in numerose occasioni interviene a dirimere le più controverse questioni? Questi interrogativi trovano il loro massimo referente nell'iter giurisprudenziale, in cui si innesta la vicenda de quo, che ha ad oggetto il potere dell'amministrazione appaltante di soccorrere il privato non in regola con i requisiti richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, mediante un invito ad integrare la documentazione necessaria per la valutazione delle offerte.

Il difficile bilanciamento tra l'interesse della p.a. a porre requisiti rigorosamente restrittivi in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile, previsto e garantito dall'art. 97 della nostra Costituzione e quello dei privati alla tutela della concorrenza, sorretto dal diritto comunitario e rafforzato da meccanismi sanzionatori, pronti a colpire il legislatore nazionale in caso di inosservanza, ha trovato una parziale quanto precaria soluzione con un orientamento giurisprudenziale volto a privilegiare un'interpretazione sostanziale del bando di gara e dei requisiti prescritti dall'amministrazione appaltante.

L'irrisorietà di taluni aspetti meramente formali, che in numerose decisioni continuano a comportare rigide esclusioni dalle gare, ha spinto verso una maggiore apertura alla partecipazione dei concorrenti senza intaccare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

Il risultato è stato raggiunto con un lavoro giurisprudenziale diretto ad attribuire spessore alla concreta ratio sottesa alla previsione del bando posta dalla p.a. appaltante.

Si evidenzia, dunque, l'opportunità e la convenienza di un sistema giurisprudenziale volto a limitare la concorrenza solo qualora ciò risponda ad una concreta ed effettiva finalità pubblica, rinvenibile solo con un'interpretazione della *lex specialis* che vada oltre il significato rigorosamente letterale della stessa.

Da qui parte della giurisprudenza tende a far discendere un poterdovere della p.a. di richiedere l'integrazione in corso di gara della documentazione inesatta o incompleta, conseguente ad una mera irregolarità formale, e dunque non lesiva dell'esigenza pubblica sottesa alla relativa previsione.

E' utile riportare il fondamento normativo cui non di rado tale filone giurisprudenziale si appiglia, rinvenibile nell'art.16 del d. lgs. 157/95, che nel disporre che "le Amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", sebbene si riferisca ad appalti pubblici di servizi, e non di lavori, viene talora interpretato quale norma codificatrice di un modo ordinario di procedere della p.a., estensibile anche al di là del suo ristretto ambito applicativo, ed espressiva di una prevalenza della sostanza sulla forma nella valutazione circa la sussistenza dei requisiti necessari per partecipare alla gara(2).

Ne discende che l'amministrazione appaltante, nel verificare la sussistenza in capo ai partecipanti dei requisiti richiesti dal bando, deve procedere ad un'operazione in concreto che superi il rigoroso profilo

formale, conferendo valore all'esito che la predisposizione del requisito di ammissione mira a realizzare. Solo operando in tal senso è lecito configurare, secondo la giurisprudenza riportata, limitazioni ed esclusioni dei concorrenti non ostative al rispetto della par condicio e della par participationis, intesa quale la più ampia partecipazione possibile alla gara nel rispetto delle regole prescritte. La salvaguardia dell'interesse pubblico non subirebbe, del resto, alterazioni, in considerazione del perseguimento del risultato sostanziale che la p.a. intende realizzare.

Quanto disposto dall'art. 16 del d. lgs. n. 157/95 può essere accomunato ad una regola rinvenibile nella stessa normativa generale che regola il procedimento amministrativo, la l. n. 241/90, laddove lo stesso art. 6 prevede che "il responsabile del procedimento può richiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali"(3).

L'esercizio del potere di richiedere la regolarizzazione formale non ha, tuttavia, un contenuto ben delineato, e pone una serie di problemi in relazione alle modalità del suo esercizio ed alle ipotesi nelle quali debba essere attivato. La giurisprudenza da tempo si adopera nella ricerca di criteri idonei ad identificare i casi nei quali l'Amministrazione debba invitare i concorrenti alla regolarizzazione formale dei documenti prodotti in sede di gara, individuando per lo più una serie di presupposti, quali la ricevibilità dell'offerta, la non inammissibilità della stessa per cause estranee alla documentazione ritenuta carente, un comportamento diligente da parte dell'impresa, la non corrispondenza dei certificati rilasciati dalle Autorità al modello del bando, e la non imputabilità di tali evenienze all'impresa concorrente(4).

L'esigenza di privilegiare il dato sostanziale e l'interesse della p.a. sotteso alla predisposizione dei requisiti di partecipazione è in parte confermata da chi ribadisce l'inapplicabilità del principio di sanabilità delle irregolarità formali qualora l'oggetto della documentazione riguardi elementi essenziali della domanda di partecipazione, potendosi regolarizzare la mera documentazione inesatta o incompleta che abbia ad oggetto prescrizioni secondarie previste dal bando di gara(5). La totale mancanza di un documento di partecipazione o di una sua parte essenziale, richiesta dalla normativa di gara a pena di esclusione non può, in linea con tale indirizzo, mai considerarsi alla stregua di una mera irregolarità, pena la violazione della par condicio tra i partecipanti(6). È, del resto, in tale enunciato che trova fondamento la distinzione che la giurisprudenza effettua tra la "regolarizzazione" dei documenti presentati dai concorrenti, che comporta modificazioni meramente formali degli stessi e l'"integrazione documentale" che ha ad oggetto, invece, l'aggiunta in corso di gara di documenti o parte degli stessi, richiesti dal bando quali requisiti di partecipazione. E' unanimemente riconosciuta l'ammissibilità della prima facoltà in capo ai privati concorrenti, mentre si configura una totale violazione del principio della par condicio dei partecipanti nella seconda ipotesi(7). La sanabilità della domanda di partecipazione in tanto sarà oggetto di invito alla regolarizzazione da parte della p.a. in quanto la sanzione dell'esclusione sia sproporzionata rispetto all'omissione.

Il principio di sanabilità delle irregolarità formali, come del resto appare inevitabile, è connotato da una sensibile flessibilità, in funzione della variabile preminenza degli interessi in gioco rispetto alle mere prescrizioni formali contenute nel bando; nella sentenza in questione il Consiglio di Stato fa leva, nel confermare l'applicabilità del principio, sulla tutela dell'affidamento del privato concorrente ponendo in primo piano l'esigenza che l'ambiguità comportamentale della p.a. appaltante non si spinga ad un punto tale da pregiudicare ingiustamente la partecipazione alla gara(8).

La vincolatività del bando di gara, predisposto dall'amministrazione appaltante quale regolamento dell'intera procedura di evidenza pubblica, subisce così una deroga in presenza di un significato dubbio in ordine ai requisiti di partecipazione, salva ad ogni modo la sussistenza di un interesse sotteso alla clausola stessa che la stazione appaltante intende preminentemente tutelare(9).

La tutela dell'affidamento del privato, fine ultimo dell'interpretazione estensiva delle clausole del bando, è posta a fondamento della decisione in commento, laddove il Consiglio di Stato, nel riconoscere la responsabilità della p.a., fa riferimento ad un affidamento che la stessa ha ingenerato nei confronti dei concorrenti con il comportamento di

acquiescenza più volte tenuto nei confronti dei partecipanti che presentavano in precedenti gare, regolate da identici bandi, fidejussioni prestate da società di intermediazione finanziaria, nonostante l'inammissibilità prevista nella *lex specialis*. Sussisterebbe, quindi, ad avviso dei giudici, quello stato di incertezza circa i requisiti richiesti a pena di esclusione, tale da giustificare il potere-dovere di richiedere la regolarizzazione, che in più occasioni la giurisprudenza invoca a sostegno di una responsabilità amministrativa, qualora le clausole d'esclusione previste nel bando siano equivoche o poco chiare⁽¹⁰⁾.

L'affidamento ingenerato nel privato tramite comportamento negligente della p.a. è, per di più, elemento essenziale, nella sentenza de quo, ai fini della configurazione della responsabilità della p.a., e, dunque, del conseguente risarcimento del danno riconosciuto dal giudice d'appello al concorrente pretermesso.

E' questa una conclusione cui approdano non di rado i giudici amministrativi in recenti pronunce giurisprudenziali, dove la valutazione dei singoli casi concreti da luogo il più delle volte a contrasti e incoerenze, risultato della difficoltà degli stessi di svolgere quel ruolo di adeguamento della legge alla realtà sociale e giuridica che cambia, soprattutto per l'influenza del sempre più partecipe diritto comunitario. Le frequenti condanne delle amministrazioni pubbliche appaltanti collidono con il contesto confuso in cui le stesse sono indotte ad operare.

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame fa riferimento ad una colpa della p.a. per l'affidamento creato circa la convinzione che la cauzione provvisoria costituita a mezzo di fidejussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria fosse conforme alle prescrizioni del bando.

Non si vede, tuttavia, come possa attribuirsi alla p.a. una responsabilità qualora l'incertezza giurisprudenziale che connota le relative scelte sia tale da non permettere la definizione di una linea di condotta da seguire. Sarebbe auspicabile un intervento legislativo, o comunque il raggiungimento di un'uniformità giurisprudenziale sul tema, anche in vista del complessivo cambiamento in atto in ordine alla disciplina procedimentale amministrativa, che in più settori tende ad abbandonare quel rigido garantismo che la pervadeva approdando a modelli più flessibili ed in grado di privilegiare aspetti sostanzialistici più idonei a raggiungere e soddisfare le finalità pubbliche in conformità alle esigenze dei privati.

L'eccessiva varietà di vizi formali che le domande di partecipazione possono presentare non permette, del resto, un'applicazione omogenea delle sanzioni previste nel bando, essendo ineliminabile l'esigenza che la p.a. diversifichi il comportamento da tenere in concreto a seconda della gravità sostanziale delle irregolarità addotte.

Si assiste, tuttavia, ad un prevalente atteggiamento prudenziale tenuto dalla giurisprudenza, che, nonostante ribadisca consapevolmente la necessità di allontanarsi dai rigidi modelli imperniati su criteri formalistici, persegue in un'interpretazione restrittiva della *lex specialis*, ignorando superficialmente la rilevanza sostanziale e la più complessa significatività dei requisiti di volta in volta prescritti⁽¹¹⁾.

La ragione di tale stasi giurisprudenziale e dell'incapacità di adeguamento a quei modelli più congeniali che si stanno affermando nella realtà giuridica odierna, nazionale e ancor più comunitaria, è da rinvenirsi, forse, nel timore di incrementare quelle incertezze giuridiche già largamente presenti nel quadro giurisprudenziale evidenziato.

In attesa, dunque, di elementi chiarificatori, giurisprudenziali, o ancor meglio legislativi, i giudici ritengono più opportuno attenersi, secondo gli ultimi orientamenti, alle rigide prescrizioni dei bandi, la cui conoscenza è pur sempre garantita ai concorrenti da un comportamento diligente, piuttosto che favorire quell'individuazione del candidato realmente più meritevole, in grado di realizzare il più alto soddisfacimento dell'interesse pubblico, in linea con le esigenze concrete sottese alle determinazioni delle pubbliche amministrazioni appaltanti.

Note

(1) F. Satta, *Crisi della giustizia amministrativa?*, in *Foro Amm. Cds*, 2005, 11, 3485.

(2) A. Migliore, *Il potere della pubblica amministrazione di richiedere le integrazioni e i chiarimenti di cui all'art. 16 d. lgs. 157/95*, in www.giustamm.it.

(3) I. Pagani, *Integrazione documentale e tutela della par condicio*, in

Urb. e App., 2006, 10, 1185.

(4) A. Migliore, op. cit.

(5) Cons. Stato, IV Sez., 9 dicembre 2002, n. 6684, in Cons. di St., 2002, I, 2694.

(6) N. M. De Biase, Nelle gare d'appalto non sono sanabili le violazioni dei requisiti essenziali dei documenti prodotti dalle parti, in Cons. St., 2004, f. 2, 233, pt.1.

(7) Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 3 agosto 2005, n. 1462, in Foro Amm. TAR, 2005, 7/8, 23699; Cons Stato, Sez. IV, 25 marzo 2005, n. 1284, in Foro Amm. Cds, 2005, 3, 783.

(8) Cons. Stato, V Sez., 4 luglio 2002, n.3685, in Cons. di St. 2002, I, 1502.

(9) V. Palmieri, Interpretazione della clausola del bando di gara che impone la presentazione delle offerte tramite il servizio postale, in Foro amm Cds, 2005, 1508.

(10) Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2005, n. 82; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214.

(11) M. Bombardelli, Gli errori formali nelle dichiarazioni sostitutive, Giorn. Dir. Amm., 2007, 1, 31.