

Il paradosso della semplificazione nell'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive in sede di gara

di Emanuela Pinzari

Sommario: 1.Premessa; 2. L'istituto delle autocertificazioni nei rapporti con la P.A.; 3. Le autocertificazioni in sede di gara; 4.L'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato: seguendo la Plenaria ; 5. Atto di segnalazione AVCP n.1 del 27 marzo 2014 6. Verso il superamento delle dichiarazioni sostitutive?; 7. Le nuove direttive europee e il documento unico di gara europeo; 8. Le modalità di presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione. 9.Conclusioni.

1.Premessa

Il Codice dei contratti, come è noto, richiede ai soggetti che concorrono per l'affidamento di un appalto pubblico il possesso e la dimostrazione, in sede di gara, di determinati requisiti, volti a dimostrare l'affidabilità morale e professionale del concorrente e la serietà della sua offerta.

Le norme di riferimento sono contenute nell'art. 38, recante la disciplina dei requisiti di carattere generale, da possedersi indipendentemente dall'oggetto (lavori, servizi, forniture) e dall'importo del contratto, in capo a tutti gli operatori economici che intendano contrarre con la pubblica amministrazione; a complemento, gli artt. 41 e 42 del Codice disciplinano i requisiti di carattere economico- finanziario e tecnico professionale per l'esecuzione dei servizi e forniture¹.

Per la dimostrazione dei suddetti requisiti - come forma di preselezione dei concorrenti sulla base delle potenziali capacità di eseguire il contratto a regola d'arte e, quindi, indipendentemente dal contenuto delle eventuali offerte - il Codice fa applicazione, in via generale, dell'istituto dell'autocertificazione di cui al d.P.R. n. 445/2000.

Il riferimento, anche in questo caso, è all'art. 38 co. 2, del Codice, per la dimostrazione del possesso dei requisiti di carattere generale, mentre l'art. 42, co. 4,

¹ Per i requisiti di carattere speciale nel settore dei lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro vige invece il sistema unico di qualificazione SOA, come disciplinato dall'art.40 del Codice e dagli artt. 60 e ss. del relativo regolamento di attuazione ed esecuzione .

conferma la regola generale dell'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive per la dimostrazione della capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi.

Mediante le dichiarazioni sostitutive, dunque, gli aspiranti concorrenti danno conto all'amministrazione di possedere quella particolare idoneità a contrarre che discende dal possesso dei requisiti stabiliti dalla legge.

La disciplina del Codice, invero, al riguardo è estremamente minuziosa e dettagliata sia nell'indicare il requisiti di capacità, ovvero - nel caso dei requisiti di carattere generale - le situazioni soggettive che ostano alla partecipazione - sia nello stabilire le modalità e il contenuto delle dichiarazioni a dimostrazione del possesso dei requisiti² dimostrando, anche in questo caso, quale sforzo impieghi il legislatore nel cercare di comprimere e ridurre al minimo la discrezionalità delle S.A. nell'individuazione dei soggetti cui affidare una commessa pubblica.

Tale eccessiva preoccupazione di selezionare a monte il contraente privato sulla base di patenti di affidabilità, seppur condivisibile, perché posta a tutela del corretto utilizzo delle risorse pubbliche, ha condotto ad appesantire oltremodo la fase di accesso alla procedura, fino a raggiungere livelli inaccettabili sia per le imprese, onerate dall'obbligo di dimostrare secondo rigide regole formali il possesso di tutti i requisiti prescritti sia per le stazioni appaltanti, costrette, a loro volta, a dar seguito all'esclusione di un concorrente sulla base della mancanza o incompletezza di una dichiarazione sul possesso del requisito.

Tutto ciò conduce alla tesi del paradosso della semplificazione.

Come si vedrà in seguito, infatti, la necessità di semplificare la partecipazione alle gare ha indotto gli interpreti delle leggi a rivedere il ruolo delle autocertificazioni da elemento di prova semplificata del possesso dei requisiti ad adempimento formale che prescinde dal possesso del requisito.

Ma per comprendere appieno il senso di tale evoluzione giurisprudenziale, occorre fare alcune premesse.

² Si pensi, a esempio alle dichiarazioni relative al possesso del requisito di cui alla lett. dell'art.38, ovvero l'assenza di situazioni di controllo o collegamento sostanziale.

2.L'istituto delle autocertificazioni nei rapporti con la P.A.

Come è noto, l'autocertificazione consiste nella facoltà, riconosciuta ad ogni interessato, di comprovare alla P.A. fatti, stati o qualità personali senza necessità di presentare la relativa documentazione, essendo rimesso, poi, all'amministrazione, sulla base di una eventuale verifica a campione, il controllo postumo della veridicità delle dichiarazioni rese e l'acquisizione diretta dei documenti confacenti.

Nello specifico, l'autocertificazione conosce due forme:

- 1) le dichiarazioni sostitutive di certificazione, che consentono al privato di sostituire a tutti gli effetti ed a titolo definitivo, attraverso una propria dichiarazione sottoscritta, certificazioni amministrative relative a stati, qualità personali e fatti, tipicizzate ed enumerate in un elenco chiuso dall'articolo 46 del medesimo D.P.R. 445/2000;
- 2) le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, attestanti tutti gli stati, le qualità personali e i fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato e che non siano oggetto di certificazioni (con valenza residuale, quindi, rispetto ai requisiti indicati nell'art. 46).

Per espressa previsione dell'art. 47 comma 2, inoltre, la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità e fatti relativi ad altri soggetti di cui lo stesso abbia conoscenza.

Il sistema delineato distribuisce, tra i soggetti privati e i soggetti pubblici, gli oneri relativi all'accertamento delle situazioni e qualità rilevanti ai fini del procedimento, prevedendo, in capo ai soggetti privati l'onere di dichiarare prima e, in alcuni casi, dimostrare poi, quanto dichiarato e in capo alle amministrazioni l'onere di effettuare il controllo della veridicità delle dichiarazioni, procedendo, in un ottica di massima semplificazione, all'acquisizione diretta delle informazioni, qualora queste siano in suo possesso o possano essere acquisite da altre pubbliche amministrazioni.

Il legislatore, dunque, ha inteso operare un bilanciamento tra l'interesse alla semplicità e rapidità dell'azione amministrativa e l'interesse contrapposto alla certezza (giuridica) delle informazioni, rinviando ad un momento successivo ed eventuale -tramite la verifica a campione- l'acquisizione della documentazione confacente.

Come è stato più volte osservato, l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive configura un diverso modo di intendere l'azione amministrativa, in una prospettiva di potenziamento del *favor* verso il cittadino e della fiducia nei documenti informativi da esso formati e presentati alle amministrazioni.³ Tale importante facoltà è tuttavia accompagnata dalla previsione di opportune cautele, dirette a rafforzare l'autoresponsabilità del dichiarante.

Oltre infatti ai formalismi relativi alle modalità di sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva, diretti a conferire certezza in ordine alla identità del soggetto dichiarante⁴, operano le garanzie poste dagli artt. 75 e 76 del d.P.R. 445/2000 che prevedono, come conseguenza dell'eventuale accertamento della falsità di quanto dichiarato, la decadenza dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera e una responsabilità di ordine penale per falso. Ciò comporta, da parte del dichiarante, la necessità di porre la massima cura su quello che afferma e l'onere di verificarne la veridicità e, per l'amministrazione, l'obbligo di dichiarare la decadenza del beneficio acquisito sulla base di una falsa dichiarazione e di denunciare all'autorità giudiziaria il falso.

In sintesi, quindi, l'istituto delle autocertificazioni si caratterizza per essere uno strumento di favore per i privati ogni qualvolta vi sia la necessità di provare alla P. A. il possesso di determinati requisiti di legge ai fini dell'acquisizione di un beneficio o, come nel caso in esame, la partecipazione ad una gara di appalto.

3. Le autocertificazioni in sede di gara

Come sopra rilevato, il Codice ha recepito, seppur con alcuni adattamenti, il sistema probatorio derivante dal d.p.r. 445/2000⁵.

In primo luogo, l'art. 77-*bis* del d.P.R. n. 445/2000, nel generalizzare la valenza delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa dal medesimo dettate, esplicitamente prevede l'applicazione a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di

³ *ex multis*, TAR PIEMONTE, Torino, I, 26.10.2009, n. 2334.

⁴ L'art. 38 del d.P.R. n. 445/2000 prevede, infatti, che la sottoscrizione avvenga in presenza del dipendente competente a riceverla e, negli altri casi, che la dichiarazione sottoscritta sia accompagnata dalla fotocopia del documento di identità del sottoscrittore.

⁵ Ad esempio, in tema di verifica a campione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di carattere speciale, trova applicazione disciplina special dell'art. 48, co.1, del Codice.

aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali.

In secondo luogo, vale quanto disposto dall'art. 74 del Codice, co. 6, secondo cui le stazioni appaltanti non richiedono documenti e certificati per i quali le norme vigenti consentono la presentazione di dichiarazioni sostitutive, salvi i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità di dette dichiarazioni. Il medesimo articolo rinvia, poi, a quanto prescritto dall'articolo 18, co. 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, per il quale i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione precedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. Ed infine richiama l'applicazione degli artt. 43 e 46 del d.P.R. 445/2000, rispettivamente in tema accertamenti di ufficio e dichiarazioni sostitutive di certificazioni.

Sulla base delle altre disposizioni del Codice inoltre, l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive è consentito:

1. per l'attestazione dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice, per l'espressa previsione del co. 2 del medesimo articolo;
2. per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi di cui all'art. 41, co. 1, lettere b) e c)⁶;
3. per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi di cui all'articolo 42 (in base al disposto dello stesso articolo 42, co. 4).

Le dichiarazioni sostitutive rappresentano pertanto il mezzo ordinario per la dimostrazione in gara del possesso dei requisiti di partecipazione⁷.

Se ne dovrebbe dedurre che, laddove esse non siano fornite, ovvero siano formulate in modo incompleto e quindi in maniera non idonea ad attestare il requisito a cui si riferiscono, il concorrente che le ha rese dovrebbe essere escluso perché non ha

⁶ Al contrario del requisito di cui alla lettera a) dell'art.41 ovvero le dichiarazioni bancarie che non sono autocertificabili ma devono essere prodotte in originale o in copia autentica.

⁷ Soprattutto in seguito alla modifica apportata all'art.40 del d.P.R. 445/2000 dall'art.15 della legge 12 novembre, n.183 che ha introdotto il divieto di utilizzo dei certificati nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e l'obbligo generale di acquisizione di ufficio.

fornito la prova del possesso del requisito che, seppur ammessa nella forma “semplificata” dell’autocertificazione, non potrebbe comunque mancare ai fini della ammissione alla procedura di gara, pena il rischio, per l’amministrazione, di impegnarsi con un contraente inaffidabile.

Senonché, gradualmente, la giurisprudenza sembra discostarsi da tale conclusione, sebbene essa sul piano logico appaia ineccepibile con conseguenze che lasciano a volte a dir poco perplessi.

Al di là della questione della possibile regolarizzazione delle dichiarazioni incomplete mediante il soccorso istruttorio, la questione che si intende affrontare è se sia possibile, alla luce della normativa vigente ed anche in prospettiva del recepimento delle nuove direttive europee, prescindere dal regime probatorio dell’autocertificazione in relazione al possesso di requisiti di partecipazione comunque prescritti dalla legge e, in caso positivo, quale altro sistema sia possibile adottare che assicuri la medesima celerità nell’accertamento delle condizioni di ammissibilità alla gara, legate alla dimostrazione di determinati requisiti di affidabilità del concorrente.

4.L’evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato: Seguendo la Plenaria .

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, nelle procedure ad evidenza pubblica l’omissione delle singole dichiarazioni previste dall’art. 38 del Codice rappresenta un’autonoma violazione di legge, sanzionabile, come tale, con l’esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito. Ciò in quanto la completezza delle dichiarazioni “ (...) è già di per sé un valore da perseguire, consentendo – secondo i principi di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità - la celere decisione sull’ammissione dei soggetti giuridici alla gara (...)”, con la conseguenza che “ (...) una dichiarazione inaffidabile (anche perché solo incompleta) è da considerare già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l’impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara⁸ .

⁸ da ultimo espresso dal Consiglio di Stato, Sez. V, 16/10/2013 n. 5023; in senso conforme anche Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2013, n. 2462, che richiama Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5693.

Troverebbe pertanto applicazione il principio di "eterointegrazione automatica" della *lex specialis* di gara da parte di norma di legge cogente e di immediata applicazione (l'art. 38 del Codice), segnatamente impositiva di un onere documentale inerente il possesso del requisito di ordine generale di partecipazione alla procedura, non rilevando perciò la mancanza, nella stessa *lex specialis*, di espressa prescrizione ed analitica comminatoria di esclusione.

Si evidenzia, tuttavia, un diverso filone giurisprudenziale che - facendo leva sul principio di tassatività delle cause di esclusione e sulla base di una lettura sostanzialistica dell'articolo 38 del Codice - ritiene che l'esclusione dalla gara non possa discendere dalla mera omissione dell'obbligo dichiarativo ma possa essere disposta solo in seguito all'accertamento del mancato possesso del requisito⁹.

In merito si rappresenta che, in ragione del suddetto contrasto giurisprudenziale, il Tar Lombardia, Milano, con ordinanza del 15 gennaio 2013, n. 123, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 38, co.1, lett. b) e c) del Codice in rapporto alla disciplina prevista dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE¹⁰.

Secondo altro orientamento di più recente affermazione, partendo dal presupposto che l'art. 38, comma 2, del Codice (e, prima ancora, l'art. 45 della direttiva 18/2004/CE), nel prescrivere l'adempimento formale della dichiarazione, nulla stabilisce espressamente in ordine alle conseguenze della sua eventuale violazione, assumerebbe valore dirimente la previsione della disciplina di gara in merito, nel senso che l'esclusione per la mancata dichiarazione circa il possesso del requisito potrebbe essere disposta solo se prevista espressamente nella *lex specialis* (bando di gara, lettera di invito o disciplinare di gara).

Tale tesi, sorta, in particolare, per delimitare l'ambito soggettivo degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38, co.1, lett. c), del Codice, sostiene che, tenuto conto della

⁹ in termini, tra le tante, CdS, V, 24.04.2011, n. 1795; CdS, V, 9.11.2010, n. 7967; T.A.R. Lazio, III, 31.12.2010, n. 39288.

¹⁰ In particolare, l'ordinanza di rimessione investe due questioni interpretative:

i) se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia ommesso di dichiarare, nella propria domanda di partecipazione, l'assenza dei procedimenti e delle condanne previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del Codice, nei confronti di un proprio direttore tecnico, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa anche nel caso in cui quest'ultima abbia congruamente provato che la qualificazione di direttore tecnico era stata indicata per mero errore materiale;

ii) se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia offerto un'utile e congrua prova dell'assenza, nei confronti dei soggetti tenuti alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), dei procedimenti e delle condanne ivi previste, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa quale conseguenza dell'inottemperanza ad una previsione della *lex specialis* con cui sia stata indetta la pubblica gara.

non univocità delle norme (o come sembrerebbe più corretto, della relativa interpretazione) e del contrasto giurisprudenziale formatosi in merito, in caso di mancata presentazione della dichiarazione dell'impresa cessionaria con riferimento agli amministratori e ai direttori tecnici che hanno operato presso l'impresa cedente nell'ultimo anno e, sempre che il bando non contenga, al riguardo, una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito¹¹.

Il Consiglio di Stato, ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21, ha stabilito analogo principio per il caso di incorporazione o fusione societaria¹², seppur con la precisazione che quanto affermato è da riferirsi al periodo precedente alla pubblicazione della stessa pronuncia, dovendosi pertanto intendere che, per il futuro, ovvero dopo il chiarimento fornito sull'ambito di applicazione dell'art. 38, i soggetti dell'impresa oggetto di incorporazione o fusione non possono essere esonerati dall'obbligo di rendere le dichiarazioni in merito al possesso del requisito .

In aderenza a tale interpretazione, l'AVCP, dapprima con la determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4 e di seguito, con il Bando tipo del 26 febbraio 2014, n. 1 per l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari, ha espressamente incluso i direttori tecnici e gli amministratori dell'impresa ceduta o incorporata tra i soggetti che devono obbligatoriamente rendere la dichiarazione sul possesso del requisito.

Successivamente, la tesi sostanzialistica è stata ripresa anche con riferimento agli obblighi dichiarativi dei procuratori speciali, laddove, sulla base di analogo ragionamento, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 16 ottobre 2013, n. 23, ha incluso tali soggetti, qualora muniti di consistenti poteri gestori ricavabili dalla

¹¹ CdS, ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10.

¹²Il Consiglio di Stato esprime infatti, i seguenti principi di diritto:

"1) in caso di incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse in nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell'ultimo anno). Resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

2) l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione, e tale dichiarazione sostitutiva deve essere riferita, quanto all'art. 38, comma 1, lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato;

*3) nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino alla plenaria n. 10/2012 e alla plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) **fino alla data di pubblicazione della presente decisione** - solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali".*

procura, tra i soggetti nei confronti dei quali va verificato il requisito di moralità, con la precisazione, anche in questo caso, che la mancata dichiarazione circa il possesso del requisito non costituisce causa di esclusione in mancanza di una espressa comminatoria nel bando¹³.

Di nuovo, quindi, il Consiglio di Stato, chiamato a risolvere la questione di diritto relativa ai soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di cui all' art. 38 e, in particolare, a chiarire l'ampiezza del concetto di amministratori muniti di poteri di rappresentanza, conferma la necessità di effettuare il controllo sul requisito di onorabilità ed affidabilità morale e professionale di soggetti non espressamente contemplati dall'art. 38 ma che, in ogni caso, svolgono un ruolo rilevante nell'impresa, tanto da indirizzarne la gestione, senza tuttavia ricollegare automaticamente l'obbligo di possedere il requisito con l'obbligo di dichiararne il possesso .

Manca tuttavia, in questo ultimo caso, il riferimento temporale al periodo precedente alla pubblicazione della sentenza, presente invece nella precedente pronuncia della Plenaria, sicché sembrerebbe dato come acquisito il principio secondo cui la mancanza delle dichiarazioni sul possesso del requisito da parte dei procuratori speciali non può essere causa di esclusione se non previsto espressamente nel bando, diversamente dal mancato possesso (ovvero della mancata prova) del requisito stesso.

La soluzione cui giunge l'adunanza plenaria se ha il pregio di affrontare la questione nell'ottica sostanzialistica propria del diritto comunitario, tendente ad assicurare all'ente appaltante di operare il controllo sulla idoneità morale di tutti quei soggetti che siano potenzialmente in grado di impegnare la società all'esterno, non convince appieno quanto alla capacità di risolvere i problemi applicativi che si pongono in conseguenza dell'affermazione del principio di diritto in essa contenuta.

Da una parte, infatti, permangono i problemi relativi all'identificazione di quei caratteri significativi del potere gestorio che legittima la necessità della verifica del

¹³ CdS, ad. plen.16/10/2013, n.23: (...) in aderenza a quanto affermato da questa medesima Adunanza plenaria con sentenza n. 10 del 2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o di ramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione(...). In senso conforme : CdS, V, 08.04.2014, n.1648; CdS, V, 23.04.2014, n. 2042; CdS, IV, 04.03. 2013, n. 1256. difforme: C.G.A. Sicilia, I, 07.08.2013, n. 710; CdS, V, 10.01. 2013, n. 95.

requisito morale in capo a soggetti diversi dagli amministratori; dall'altra, si rimette alla stazione appaltante la decisione relativamente alla obbligatorietà o meno della dichiarazione del requisito nei confronti di tali soggetti.

In ogni caso, si afferma che, al di là di quanto previsto nel bando in merito all'obbligo di dichiarazione, la mancanza del requisito di moralità (lett.c, co.1, art. 38) in capo a tali soggetti costituisce causa di esclusione, da cui ne discende la necessità almeno di individuare i soggetti che rivestono tali caratteri, al fine di effettuare le opportune verifiche.

In ultimo ma non meno rilevante, la decisione in esame non contribuisce di certo a ridurre l'incertezza dell'azione amministrativa e mal si concilia con l'esigenza di tipizzazione degli adempimenti a pena di esclusione che ha condotto il legislatore l'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice.

Per quanto riguarda i problemi applicativi, come rilevato dalla stessa ordinanza di rimessione alla Plenaria, la necessità di verificare il requisito nei confronti dei soli procuratori dotati di poteri rappresentativi rilevanti richiederebbe alle S.A. una complessa attività di indagine sullo statuto e sull'organizzazione dell'operatore economico al fine di accertare che il soggetto interessato posseda quegli "ampi e generali" poteri di rappresentanza ovvero quei "poteri gestori generali e continuativi" perché debba dimostrare il requisito di moralità rilevante ai fini della partecipazione dell'impresa cui appartiene.

Una indagine di tal tipo si rileva estremamente difficile, soprattutto se si tiene conto delle realtà organizzative imprenditoriali che vedono una pluralità di soggetti con poteri gestori più o meno ampi e della necessità di esaminare e valutare una pluralità di atti societari che potrebbe essere difficile o addirittura impossibile per la S.A. reperire, almeno mediante l'acquisizione d'ufficio.

Tutto ciò comporta un indubbio appesantimento della fase di verifica dei requisiti di partecipazione che mal si concilia con i principi di celerità e non aggravamento della procedura di gara, inoltre l'eccessiva discrezionalità delle S.A. potrebbe condurre all'adozione di criteri di giudizio difformi da caso a caso¹⁴.

D'altronde, anche nell'ipotesi in cui le S.A., al fine di semplificare tale attività di indagine, dovessero decidere di richiedere nel bando di gara direttamente al

¹⁴ CdS, III, 16.03.2013, n. 1471; CdS, V, 10 gennaio 2013, n. 95; CdS, V, 06.06.2012, n. 3340; CdS, V, 22.05.2012, n. 2970 ; CGA, Sicilia, I, 07.08. 2013, n. 710.

concorrente le dichiarazioni sul possesso del requisito, molto probabilmente gli operatori economici, per non rischiare di essere esclusi, presenterebbero le dichiarazioni per tutti i procuratori speciali esistenti, indipendentemente dall'indagine sugli effettivi poteri gestori, con uguale appesantimento delle procedure.

5. L'Atto di Segnalazione AVCP n.1 del 27 marzo 2014.

Al fine di superare le suddette criticità con l'Atto di segnalazione n.1/2014 l'AVCP ha evidenziato la necessità di adottare un sistema probatorio dei requisiti di partecipazione più semplice e soprattutto riutilizzabile in più gare.

In tal senso, l'Autorità ha suggerito al legislatore di modificare l'art. 38 del Codice, prevedendo che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di moralità dei procuratori speciali venga resa in gara dal rappresentante legale dell'impresa, sulla base delle autodichiarazioni previamente rilasciate da tutti i procuratori speciali della società, indipendentemente dall'estensione dei poteri attribuiti.

Tali autodichiarazioni, poi, dovrebbero essere inserite nel sistema *AVCPass*, nel fascicolo dell'operatore economico, ed avere validità per un arco di tempo predeterminato (pari almeno a quella del documento che sostituiscono) e/o essere modificate o rinnovate soltanto in caso di modifica dell'estensione o riduzione o revoca dei poteri conferiti con il mandato originario; le dichiarazioni sostitutive così rilasciate potrebbero quindi essere utilizzate in più gare.

Analogamente l'Autorità ha suggerito la possibilità di estendere tale meccanismo anche a tutti gli altri amministratori che in base alla normativa vigente sono tenuti a presentare dichiarazioni per ogni singola gara.

6. Verso il superamento delle dichiarazioni sostitutive ?

Al di là dei problemi applicativi sopra rilevati e la possibile soluzione proposta dall'Autorità, l'indirizzo espresso dalla Plenaria riguardo la facoltà delle S.A. di richiedere o meno, a pena di esclusione, la dichiarazione sul possesso del requisito di moralità dei procuratori speciali suscita delle perplessità anche per altri motivi.

Infatti, se da una parte si afferma che tra i requisiti di partecipazione a una gara di appalto rientra il possesso dei caratteri di onorabilità e affidabilità morale anche dei procuratori speciali dell'impresa (che rivestono i caratteri di individuati dalla Plenaria), tanto che la mancata prova del requisito stesso è causa di esclusione del concorrente, non si comprende, da un punto di vista logico-giuridico, perché, solo in relazione a tali soggetti, dovrebbe derogarsi al sistema probatorio fondato sulle dichiarazioni sostitutive, che, nell'ottica di semplificazione dei rapporti tra privato e pubblica, costituiscono il mezzo ordinario di prova.

La non necessità delle dichiarazioni sostitutive sul possesso del requisito di partecipazione, implicita nella facoltatività per le stazioni appaltanti di richiederle o meno, fa sì che, di fatto, esse perdano la loro natura di strumento di semplificazione e si trasformino in un onere puramente formale di cui ben si potrebbe sindacare la legittimità alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all' art. 46 co.1-*bis* del Codice, in quanto non essenziali ai fini della dimostrazione del possesso del requisito.

Tale riflessione conduce a sua volta ad interrogarsi se, *de iure condendo*, analogo principio, ovvero la non necessità delle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti di partecipazione in sede di gara, possa valere anche in relazione agli altri requisiti previsti dal legislatore. Invero, se si parte dall'assunto che sia possibile verificare in tempo reale, senza costi per l'impresa e senza aggravii per le .S.A. il possesso dei requisiti di partecipazione di tutti i concorrenti, il regime probatorio in due fasi su cui si fonda l'autocertificazione, con tutti i riflessi problematici legati alle esclusioni in conseguenza di irregolarità/omissioni delle dichiarazioni, potrebbe, a ragione, considerarsi superato; senonché un sistema di tal tipo è di difficile attuazione e non esente da costi, soprattutto per le imprese .

Infatti, non tutta la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione può essere acquisita d'ufficio, si pensi, ad esempio, a quei requisiti di carattere tecnico che possono essere provati solo mediante documenti in possesso dell'impresa.

Le S.A., inoltre, dovrebbero sempre essere in grado di verificare i requisiti di tutti i partecipanti e quindi dovrebbero assicurarsi la disponibilità – anche mediante l'accesso alle banche dati esistenti – di una mole infinita di documenti da vagliare e valutare, mentre, con il sistema delle autocertificazioni vige il controllo a campione¹⁵

¹⁵ Ai sensi dell'art. 71 del d.P.R. n.445/2000 per i requisiti generali e dell'art.48 del Codice per i requisiti speciali.

(fatta salva, in ogni caso, la verifica sull'aggiudicatario) che risulta, sicuramente, un sistema di più agevole gestione.

Ulteriori considerazioni a favore dell'utilità e della non superabilità del sistema delle autocertificazioni devono poi trarsi dal diritto europeo e dalle nuove direttive in materia di appalti pubblici, dove appare per la prima volta, come elemento di novità rispetto alle precedenti Direttive, il c.d. Documento di gara unico europeo.

7. Le nuove direttive europee e il Documento di gara unico europeo (DGUE)

Come è noto, in data 28 marzo 2014 sono state pubblicati sulla G.U.U.E. i testi delle tre nuove direttive in materia di appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari, nei settori speciali e in tema di concessioni. Le nuove direttive, entrate in vigore il 18 aprile 2014, dovranno essere recepite dal legislatore nazionale entro il 18 aprile 2016.

Tra i principali aspetti affrontati dal legislatore europeo al fine di rendere più accessibile l'accesso al mercato degli appalti pubblici, soprattutto per le PMI, vi è la riduzione degli oneri amministrativi connessi alla necessità di produrre un considerevole numero di certificati e documenti a dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalle S.A.¹⁶

In tale prospettiva il legislatore europeo investe sul progetto della completa digitalizzazione delle procedure di gara e sulla costituzione di un sistema di interoperabilità tra le banche dati nazionali che consenta la condivisione del patrimonio informativo delle autorità nazionali ai fini della comprova del possesso dei requisiti¹⁷.

Parallelamente, ai sensi dell'art. 59, co. 1 della direttiva 2014/24/UE sui settori ordinari, la partecipazione alle gare viene consentita sulla base della presentazione di un'autodichiarazione in formato elettronico (il cd. Documento unico di gara europeo), con il quale il concorrente attesta di soddisfare i criteri di selezione definiti a norma dall'art. 58 e che nei propri confronti non sussistono le cause di esclusione indicate dall'art. 57.

¹⁶ cfr. considerando 84 della direttiva 2014/24/UE.

¹⁷ Al riguardo, come noto, un passo in questa direzione è senz'altro rappresentato in Italia dalla costituzione della BDNCP e dal sistema *AVCpass* istituito dall'Autorità in adempimento a quanto disposto dall'art.6-bis del Codice per il controllo dei requisiti che a seguito entrerà in regime di obbligatorietà a partire dal 1 luglio 2014.

Il DUGUE deve indicare l'autorità pubblica o il soggetto terzo presso il quale reperire la documentazione complementare a comprova di quanto dichiarato, nonché l'impegno dell'operatore economico a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, ove richiesta, la suddetta documentazione.

Il DGUE, rispondente alle suddette caratteristiche, potrà infine essere utilizzato ai fini della partecipazione ad altre procedure di gara, a condizione che gli operatori economici confermino che le informazioni in esso contenute non hanno subito variazioni.

Seppur mosso dall'intento di agevolare il più possibile gli operatori economici, il legislatore europeo non nasconde le sue preoccupazioni circa la necessità che le amministrazioni basino le loro decisioni conoscendo le reali situazioni degli aspiranti aggiudicatari; ciò comporta la necessità di assicurare non solo la certezza, ma anche l'attualità dell'informazione che può essere raggiunta solo mediante la cooperazione dell'operatore economico, il quale si impegna a comunicare ogni variazione che lo riguardi e che sia significativa ai fini della partecipazione alla gara.

Per quanto riguarda i controlli sul possesso dei requisiti, il co. 4 dell'art. 59 della direttiva 2014/24/UE prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano procedere, in ogni momento della procedura, alla verifica della veridicità di quanto dichiarato dai concorrenti nel DGUE mentre, in ogni caso, la verifica, verrà effettuata sull'aggiudicatario.

Ai sensi del comma 5, l'acquisizione della documentazione a comprova di quanto dichiarato deve avvenire, per principio, mediante l'acquisizione di ufficio, qualora le amministrazioni dispongano dei relativi documenti in virtù di precedenti procedure di appalto ovvero attraverso l'accesso diretto ad una banca dati nazionale, che sia disponibile gratuitamente e che disponga dei documenti richiesti a comprova.

In prospettiva, infine, è previsto che la verifica avvenga tramite una piattaforma comunitaria di condivisione delle informazioni e dei documenti (e-CERTIS) direttamente gestita a livello comunitario.

8. Le modalità di presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione

In definitiva, alla luce del quadro delineato, il sistema di utilizzo del DGUE in sede di gara non differisce sostanzialmente dal sistema attualmente vigente nel nostro ordinamento¹⁸.

E' infatti previsto che la partecipazione avvenga sulla base di una dichiarazione formale sul possesso delle condizioni di partecipazione, che costituisce una prova preliminare dei requisiti stessi, salvo poi la conferma, mediante l'acquisizione della relativa documentazione, nei casi in cui la S.A. lo richieda e, in ogni caso, a seguito dell'aggiudicazione.

Mentre per la verifica delle dichiarazioni si fa affidamento su un sistema interamente informatizzato, fondato sulla interoperabilità applicativa delle Banche dati nazionali, fino alla costituzione di una "banca dati europea" gestita direttamente dalla Commissione.

La circostanza che il sistema delle autocertificazioni sia stato adottato anche a livello europeo è un ottimo spunto per riflettere se davvero il sistema delle autocertificazioni sia ormai obsoleto e rappresenti solo un appesantimento della procedura o se piuttosto siano altri i principi da rivedere .

Secondo la formulazione dell'art. 38, ai concorrenti sono richieste tante dichiarazioni quante sono le cause di esclusione, inoltre, per i requisiti di cui alle lettere c), b) e m-ter), le dichiarazioni devono essere formulate da tutti i soggetti ivi indicati¹⁹. Ne deriva un numero estremamente elevato di documenti che il concorrente deve produrre, con un significativo aumento del rischio di errori od omissioni nella predisposizione della documentazione di gara.

Nondimeno, l'istituto delle dichiarazioni sostitutive appare irrinunciabile se giustamente lo si considera nel contesto di semplificazione dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione e , quindi, non come un adempimento formale, ma come

¹⁸ Unica significativa differenza è rappresentata dal formato elettronico del DGUE che dovrà essere redatto sulla base di modelli di formulario elaborati dalla Commissione.

¹⁹ Secondo quanto disposto dall'art.38 del Codice, il requisito di moralità deve essere posseduto: dal titolare e dal direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dai soci e dal direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dai soci accomandatari e dal direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; dagli amministratori muniti di potere di rappresentanza e dal direttore tecnico e dal socio unico persona fisica, ovvero dal socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il requisito deve essere posseduto anche dai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

un mezzo di preliminare di prova del requisito, il cui utilizzo appare conforme ai principi di buon andamento e di proporzionalità, perché consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico, senza particolari oneri per le imprese.²⁰

Pertanto, piuttosto che prevederle come facoltative (soluzione offerta dalla Plenaria), sarebbe opportuno confermare il principio della loro necessarietà e sufficienza ai fini della di ammissione alle gare, come prova preliminare del possesso del requisito.

Contestualmente, come anche suggerito dall'Autorità, sarebbe opportuno prevedere una semplificazione nella modalità di presentazione.

Il DGUE, come descritto, è un'autodichiarazione con il quale il concorrente attesta di possedere tutti i requisiti soggettivi e speciali di partecipazione. Si tratta, quindi, di un unico documento, sottoscritto dal legale rappresentante, in grado di assolvere ogni onere documentale per l'accesso alla gara.

Nell'attuale quadro normativo interno invece, come sopra rilevato, anche solo per i requisiti di carattere generale, ai concorrenti non è consentito produrre una dichiarazione onnicomprensiva di tutti i requisiti, a tale soluzione osta infatti il chiaro disposto dell'art. 38, co.2, del Codice, che prevede, in relazione a determinati requisiti di carattere generale, un obbligo dichiarativo analitico: basti pensare al requisito di moralità professionale di cui alla lettera c) dell'art. 38, a dimostrazione del quale, l'operatore economico deve indicare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione, oppure al requisito di cui alla lettera m-quater), ovvero l'assenza di una situazione di collegamento sostanziale con altra impresa partecipante, per il quale sono previste ben tre dichiarazioni alternative²¹.

²⁰ C.d.S, VI, 14.04.2014, n.1771: (...) nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni rese dai concorrenti in sede di presentazione delle offerte rappresenti di per sé un valore da perseguire, dato che consente - in osservanza al principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione - la celere decisione, da parte dell'organo tecnico investito dalla stazione appaltante dei compiti di valutazione delle offerte, in ordine all'ammissione alla gara dei candidati. Conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per se stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara. In altri termini, la disciplina procedimentale degli appalti è modulata in modo tale da consentire alla stazione appaltante di poter fare affidamento su dichiarazioni dei concorrenti idonee a far assumere tempestivamente le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione degli stessi alla gara ovvero alla loro esclusione (cfr. Consiglio di Stato, V, 11 giugno 2013 n. 3214; III, 16 marzo 2012, n. 1471).

²¹ In tal caso, il medesimo art.38 co.2 prevede che il concorrente allegghi alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta

Altra questione controversa riguarda la possibilità, per il legale rappresentante dell'impresa, di rendere le dichiarazioni anche per altri soggetti.

Secondo un primo indirizzo, inizialmente condiviso anche dall'AVCP, le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di moralità previsti dall'art. 38 del Codice devono essere rese personalmente²².

Si rileva, infatti, che l'intero sistema della semplificazione della documentazione amministrativa poggia su due principi-cardine: l'autoresponsabilità del dichiarante e l'equivalenza funzionale delle dichiarazioni rispetto ai certificati e agli atti sostituiti.

Non sarebbe ammissibile, quindi, per un soggetto terzo, rendere dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti indicati dall'art. 38 e sottostare al regime di responsabilità per quanto dichiarato, dal momento che il genere di dichiarazioni richieste costituisce frutto di informazioni su qualità personali, vicende professionali e/o individuali che possono non essere conosciute dal rappresentante legale dell'impresa, anche perché possono riferirsi a precedenti esperienze professionali da questo non conoscibili.

Tale indirizzo, tuttavia, è stato progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza successiva, in considerazione del fatto che in determinate circostanze può essere impossibile o eccessivamente gravosa (ad esempio in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto) la produzione della dichiarazione da parte dei diretti interessati (soprattutto nei confronti dei cessati).

La tesi secondo cui sarebbe consentito al rappresentante legale dell'impresa rendere dichiarazioni sostitutive relativamente ai requisiti riferiti a soggetti diversi troverebbe il suo fondamento normativo nell'art. 47, co. 2, del d.P.R. 445/2000, secondo cui: *“la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza”*. Si rileva, inoltre, che nelle pubbliche gare le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali sono normalmente rese non nell'interesse del solo soggetto che sottoscrive l'offerta, bensì nell'interesse dell'impresa concorrente.

autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

²²Tar Puglia, Bari, I, 21.12.2007, n.61; AVCP, pareri di precontenzioso, 10.07.2008, n.193 e 19.06.2008, n.187.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale di più recente affermazione, quindi, la dichiarazione in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice può essere resa anche da un unico legale rappresentante dell'impresa concorrente, con riferimento espresso anche agli altri soggetti nei cui confronti il requisito va comprovato (amministratori direttori tecnici compresi i cessati dalla carica), a condizione, però, che dalla stessa dichiarazione sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa dei predetti altri soggetti non solo per consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche ma anche per l'assunzione di responsabilità del dichiarante per il caso di non veridicità di quanto attestato²³.

Tale principio è stato adottato anche dall'AVCP in alcuni pareri di precontenzioso, al fine di sostenere, nei particolari casi esaminati, l'illegittimità del provvedimento di esclusione fondato sulla mancanza delle dichiarazioni personali di tutti i soggetti indicati dalla lettera c) del co.1 dell'art 38²⁴, mentre, come principio generale, la possibilità per il rappresentante legale di rendere la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale in relazione ad altri soggetti, è stata riconosciuta, dall'Autorità, limitatamente ai soggetti "cessati", ove essi siano irreperibili o non disponibili, a condizione che la dichiarazione stessa sia corredata dai dati anagrafici dei soggetti in modo da consentire alle stazioni appaltanti di effettuare le verifiche necessarie²⁵.

Giova rilevare, tuttavia, che anche su questa questione il giudice amministrativo, non rilevando chiarezza nella norma, ha ritenuto necessario un intervento della Plenaria del Consiglio di Stato.

Infatti, con ordinanza del 29 aprile 2014, n. 2214, il Consiglio di Stato, sez. II, ha rimesso al massimo Consesso di giustizia amministrativa la questione di diritto se sia possibile che un solo rappresentante legale dell'impresa dichiari il possesso dei requisiti morali prescritti per tutti i soggetti che occupano (o hanno occupato) nell'impresa le posizioni qualificate previste dalla norma e se tale dichiarazione possa essere presentata anche con una formula inclusiva di tutti i soggetti dell'impresa, pur senza una loro elencazione nominativa.

²³ *ex multis*: CdS, III, 1 luglio 2013, n. 3544; CdS, III, 16 novembre 2011, n. 6053.

²⁴ cfr., parere di precontenzioso n. 128 del 17/07/2013.

²⁵ (cfr. Avcp, atti di determinazione n.1 del 12.01.2010 e n.4 del 10.10.2012 .

9. Conclusioni

Come la prassi dimostra, nelle gare per l'affidamento di un appalto pubblico, la fase di ammissione dei concorrenti è il momento più delicato e problematico della intera procedura di gara e ciò sia per le S.A., tenute ad applicare rigorosamente le prescrizioni di legge sui requisiti di partecipazione e sulle modalità di comprova sia per gli operatori economici, tenuti a loro volta a conformarsi alle regole imposte, pena l'esclusione dalla gara.

Invero, l'ammissione del concorrente non può prescindere dalla dimostrazione in sede di gara del possesso di determinati requisiti di affidabilità, tuttavia la richiesta di semplificazione che proviene anche dalla UE è una esigenza reale e improcrastinabile.

Il nodo cruciale della questione è, quindi, trovare il giusto equilibrio tra queste due esigenze.

La disposizione sulla tassatività delle cause di esclusione introdotta nel Codice (articolo 46, comma 1-*bis*), unitamente all'attribuzione all'AVCP della redazione di modelli di bandi tipo (art. 64 comma 4-*bis*), rappresenta senza dubbio un passo nella direzione giusta.

Tuttavia, né la tipizzazione delle cause di esclusione effettuata dall'Autorità e la previsione della nullità di clausole escludenti ulteriori legate alle modalità di presentazione della documentazione né, infine, la standardizzazione della procedura di gara sono strumenti sufficienti ad assicurare celerità e semplificazione delle procedure quando la normativa stessa impone il rispetto di determinati stringenti requisiti²⁶.

Neppure appare soluzione di semplificazione idonea quella di rendere la dichiarazione sui requisiti di partecipazione facoltativa, dal momento che i requisiti devono comunque essere provati, senza tener conto che tale opzione rischierebbe di aggravare ulteriormente la situazione di incertezza del diritto.

²⁶ La disposizione sulla tassatività delle cause di esclusione introdotta nel Codice (articolo 46, comma 1-*bis*) collega infatti l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara al presupposto del mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal regolamento e da "altre disposizioni di legge vigenti" tra le quali rientrano, senza dubbio alcuno, quelle di cui all'art.38 del Codice.

Quindi, a condizione che non si rinunci alla garanzia di determinati requisiti, il regime probatorio che si fonda sul sistema delle dichiarazioni sostitutive e sulla verifica successiva dello stesso appare insostituibile (anche per il legislatore europeo).

Affinché, tuttavia, l'onere della dichiarazione sostitutiva non travalichi il limite della proporzionalità è necessario immaginare una modalità semplificata di presentazione²⁷.

I numerosi interventi della Plenaria sull'art. 38 del Codice, che hanno caratterizzato gli ultimi due anni, dimostrano che l'attuale formulazione della norma mal si concilia con l'esigenza di semplificazione e il giudice amministrativo, in cerca di soluzioni in sede ermeneutica, giunge a conclusioni spesso contraddittorie e di certo non risolutive.

Tutto ciò induce a ritenere che sia ormai tempo di ricondurre la questione alla sua sede naturale, ovvero la legge.

In tal senso, la modifica normativa suggerita dall'Autorità con l'atto di segnalazione n.1/2014 rappresenta non solo una soluzione possibile, ma anche in linea con le indicazioni a livello comunitario, perché tende a salvaguardare i principi di efficienza della pubblica amministrazione, attraverso lo snellimento delle procedure e la riduzione e semplificazione degli oneri a carico di imprese ed enti pubblici.

Tale soluzione, infatti, avrebbe il pregio di ridurre il numero di dichiarazioni che il concorrente è tenuto a produrre e, di conseguenza, i tempi di esame della documentazione prodotta da parte della commissione di gara, senza incidere sulla regolarità della procedura e sui requisiti di affidabilità ritenuti necessari.

A questo punto, quindi, non resta che attendere che il legislatore nazionale, approfittando dell'occasione offertagli a livello europeo e seguendo l'indirizzo tracciato, faccia definitivamente chiarezza sulle modalità di dimostrazione in gara dei requisiti di partecipazione e, mediante le opportune modifiche al Codice, si muova nel senso di una vera semplificazione.

²⁷ Infatti, usando le parole espresse dal Consiglio di Stato nell'ordinanza del 29 aprile 2014: (...) *lo scopo del legislatore sarebbe tradito se l'opportunità di sostituire le certificazioni con autodichiarazioni si risolvesse, paradossalmente in una insidia per i cittadini che se ne avvalgono.*