

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO

Sabrina Palumbo*

SOMMARIO: 1.- L'oggetto della ricerca; 2.- Anamnesi storico – giuridica dell'istituto; 3.- La prevalenza della tesi sostanzialista nell'applicazione del soccorso istruttorio; 4.- La tassatività delle cause di esclusione alla luce degli interventi legislativi; 5.- L'esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016; 6.- La disciplina del nuovo soccorso istruttorio; 7.- Sulla cauzione provvisoria; 8.- Sull'avvalimento; 9.- Il soccorso istruttorio processuale; 10.- Conclusioni.

1.- L'oggetto della ricerca

Il soccorso istruttorio può essere inteso come la procedimentalizzazione del potere di esclusione che legittima la stazione appaltante ad individuare e segnalare al concorrente le irregolarità in cui è incorso onde procedere alla relativa rettifica o integrazione. Il soccorso istruttorio, inteso in questo senso, rappresenta un'applicazione del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, che impone all'Amministrazione di squarciare il velo della mera forma per verificare l'effettiva osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara. Le principali problematiche afferenti all'istituto hanno riguardato la sua qualificazione in termini di facoltà od obbligo, nonché l'esatta perimetrazione del relativo alveo applicativo. L'attività ermeneutica che ha interessato il soccorso istruttorio ha rappresentato il terreno di confronto tra due opposte esigenze. Da un lato, infatti, il soccorso istruttorio si giustifica sulla base del *favor participationis*, nella duplice declinazione di principio che assicura la piena apertura del mercato alla concorrenza ed anche l'accesso dell'Amministrazione alle migliori condizioni possibili. Dall'altro lato, l'analisi del soccorso istruttorio è stata condizionata dalla preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alterasse la *par condicio*, oltre che il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa. Inoltre, l'istituto ha trovato ulteriore limite nel principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. È possibile enucleare tre fasi di sviluppo nella disciplina e nella conseguente applicazione giudiziale del soccorso istruttorio. La prima fase, caratterizzata da un'esegesi rigorosa e restrittiva, coincide con l'introduzione dell'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La successiva fase, caratterizzata da una significativa estensione del perimetro applicativo del soccorso istruttorio, consegue all'introduzione degli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, da parte del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 114. L'ultima, infine, fase si rinviene nell'art. 83 del nuovo Codice dei contratti pubblici, così come incisivamente modificato dal recente correttivo del 2017.

2.- Anamnesi storico – giuridica dell'istituto

Il soccorso istruttorio è un istituto che viene impiegato non soltanto nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici, ma anche, più in generale, in relazione a qualunque procedimento amministrativo, laddove sia necessario colmare lacune documentali, modificare dichiarazioni o sanare errori nell'acquisizione degli elementi necessari all'emanazione del provvedimento finale.¹

* Avvocato presso il foro di Vallo della Lucania.

Secondo gli orientamenti dottrinali preminenti, l'istituto in questione "rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati"² (art. 97 Cost.), permettendo all'Amministrazione di porre rimedio alle carenze dell'istruttoria procedimentale e, quindi, di effettuare un adeguato ed equo contemperamento tra l'interesse pubblico e gli altri interessi implicati nel procedimento. Nell'ambito dell'evidenza pubblica, il soccorso istruttorio opera, in particolare, come rimedio ad una situazione di deficit informativo e documentale³ consistendo, (sia nell'attività di integrazione in caso di omissione od incompletezza della documentazione da esibire) ai fini della partecipazione alla gara, (sia nella regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da mere irregolarità o semplici errori materiali).⁴

L'istituto in esame viene introdotto nell'ordinamento italiano grazie alla direttiva del Consiglio dell'Unione Europea n. 71/305/CEE del 26.07.1971, la quale consentiva all'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 27, di poter "invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli".

Si avvertiva quindi, già all'epoca, l'esigenza di introdurre la facoltà (poi divenuto un vero e proprio dovere)⁵ per le stazioni appaltanti di poter regolarizzare le offerte non completamente conformi alla *lex specialis* di gara, sempre che non si snaturassero i fondamentali principi dell'ordinamento, quali la *par condicio* e il *favor participationis*.

Il principio comunitario ha finito per essere recepito dal nostro ordinamento, che ha rinvenuto nell'originario art. 46 D.lgs. n. 163/2006 il punto di riferimento normativo dell'istituto in parola, secondo cui "Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Alla luce della suddetta normativa, e soprattutto in considerazione delle problematiche esegetiche che nascono dall'istituto, dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto sul contenuto e sui limiti del "soccorso istruttorio", termine utilizzato per indicare la facoltà (oggi obbligo) delle stazioni appaltanti di poter procedere all'integrazione documentale nell'ambito dei contratti pubblici⁶.

Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza l'istituto in esame trova applicazione solo quando vi sia stata la produzione documentale richiesta, sebbene non sia poi risultata formalmente corretta; è invece "inoperante ogni volta che vengano in rilievo

¹ L'art. 6 comma 1, lett. B) della L. 241/1990, prevede che il Responsabile del procedimento possa chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete.

² R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo. Tomo I-II*, Edizione VI, CEDAM, 2016, 1236s.

³ R. GALLI, *ibidem*.

⁴ Peraltro, come ha avuto modo di evidenziare la giurisprudenza (Cons. St., Ad Plen n. 9/2014), in materia di procedure di evidenza pubblica regolate dal D.lgs. 163/2006 (ed ora dal D.lgs. n. 50/2016) l'applicazione dell'istituto, ove ne ricorrano i presupposti, è doverosa, ossia costituisce un obbligo della stazione appaltante, la cui violazione potrebbe tradursi in un vizio del provvedimento di aggiudicazione.

⁵ Cons. St. sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248. Nonostante la l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 6 let. b) indichi che il responsabile del procedimento "può chiedere"; E. BETTI, voce *Dovere giuridico (teoria gen.)* in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 53; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo - onere)*, Napoli, 1973, 41 ss.; F. GOGGIOMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 58 ss. G.M. RACCA, voce *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, cit., 368 ss.

⁶ E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, 43; S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 437; S. LABRIOLA, *Diritto di accesso alle informazioni del cittadino e doveri della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, 263 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 287; Cons. St., sez. III, 25 maggio 2017, n. 2472; Cons. St. sez. V, 15 giugno 2015, n. 2910, è ammissibile il soccorso istruttorio nel procedimento di ammissione delle liste elettorali qualora l'irregolarità sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore, errore scusabile, e comunque se la regolarizzazione non comporta adempimenti istruttori incompatibili con i tempi e i principi del procedimento elettorale.

omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara [...], senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del soccorso”.⁷ Se, infatti, l’amministrazione verifica la presenza di una dichiarazione erronea o incompleta attiva il soccorso istruttorio. Laddove, invece, l’amministrazione sia stata indotta in errore deliberatamente attraverso una dichiarazione mendace, essa potrà agire per dichiarare nullo il provvedimento, laddove siano inficiati elementi essenziali dell’atto amministrativo.⁸ Ciò è compatibile con la facoltà dell’amministrazione di agire in autotutela per annullare il provvedimento amministrativo emanato sulla base di rappresentazioni ingannevoli o di dichiarazioni false. Tale annullamento non dovrà necessariamente intervenire in un tempo ragionevole, potendo verificarsi anche a distanza di molto tempo quand’anche si appuri che esso era fondato su informazioni infedeli.⁹

Per lungo tempo, il compito di definire il perimetro applicativo del soccorso istruttorio è stato rimesso all’esame ermeneutico dei giudici, e questo almeno fino all’entrata in vigore del D.l. 13.05.2011, n. 70, che ha introdotto nel Codice degli Appalti il comma *1 bis* dell’art.46, ammettendo il principio della “tassatività delle cause di esclusione”, secondo cui si vieta la regolarizzazione documentale ove il documento da produrre sia previsto dalla legge a pena di esclusione.¹⁰

Per la prima volta è stato espressamente codificato il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara e si è vietato alle stazioni appaltanti di disporre l’estromissione di operatori economici per la violazione di prescrizioni che non fossero espressamente contenute nel D.lgs. n. 163/2006, nel D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici) o in altre disposizioni di legge. Oltre alla violazione delle prescrizioni contenute in norme primarie e secondarie, la norma consente alle stazioni appaltanti di estromettere i concorrenti anche nei casi di “incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte”.

In questo modo la potestà discrezionale delle stazioni appaltanti è stata ampiamente ridimensionata stabilendo che i bandi non potessero contenere ulteriori prescrizioni escludenti che non coincidano con quelle appena richiamate. Pertanto, l’eventuale introduzione di clausole contenenti ipotesi di esclusione “atipiche” viene sanzionata con la nullità delle prescrizioni stesse.

3.- La prevalenza della tesi sostanzialista nell’applicazione del soccorso istruttorio

⁷ Cons. St., Ad. Plen., n. 9/2014; Cons. St. sez IV, 12 gennaio 2017, n. 50; Cons. St. sez. IV, 19 maggio 2016 n. 2077; Cons. St., sez IV., n. 209 del 2016.

⁸ S. PERONGINI, *L’elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta, Torino, 2014, 303 ss.

⁹ Cons. St. Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8; C. PAGLIAROLI, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato*, *Adunanza Plenaria*, in *Riv. Giur. dell’Edilizia*, 2017, 397; L. CARBONE, *La riforma dell’autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *www. Giustizia – amministrativa.it*, 3 giugno 2017; M.A. SANDULLI, *Postilla all’editoriale “Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio – assenso e autotutela”* in *Federalismi.it*, 28 ottobre 2015; Id., *Gli effetti diretti della “Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio – assenso e autotutela”* in *Federalismi.it*, 16 settembre 2015.

¹⁰ Si tratta di conclusioni di recente condivise anche dall’ANAC, che ha ritenuto sanabile, tramite soccorso istruttorio la presentazione in copia di un documento, richiesto invece dal bando in originale a pena di esclusione. Ciò è stato possibile perché tale clausola di esclusione, seppur presente nel bando, non era suffragata da alcuna previsione normativa (cfr. ANAC, parere 20 giugno 2014, n. 147).

Alla luce di queste considerazioni si dischiudono una serie di problematiche interpretative, in primo luogo si rende necessario analizzare il principio di prevalenza della sostanza sulla forma. È infatti compito dell'interprete contemperare tra loro due principi antitetici, vale a dire il *favor participationis* – che consentirebbe sempre la produzione di documenti comprovanti l'effettivo possesso dei requisiti sostanzialmente posseduti dal concorrente – e la *par condicio competitorum*, che al contrario imporrebbe un più rigido formalismo.

Tale soluzione è chiaramente diretta ad eliminare l'abitudine delle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi clausole di esclusione per motivi meramente formali, in aperta contraddizione con il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, il quale prevede, invece, che la sanzione dell'esclusione dalla gara venga comminata per giusti ed effettivi motivi. D'altronde il principio di tassatività delle clausole di esclusione ha avuto proprio la finalità di ridurre la discrezionalità dell'Amministrazione nell'individuazione degli adempimenti doverosi a pena di esclusione, stemperando, così, il timore che il potere di soccorso istruttorio venisse utilizzato in maniera distorta, quale strumento generale per arginare eventuali arbitrii della stazione appaltante.¹¹

È di solare evidenza che sia stata ampiamente condivisa la tesi di quella parte della giurisprudenza che aveva interpretato l'art. 38 cit. alla luce di un criterio di tipo teleologico, ispirato ad una visione sostanzialistica, per cui ciò che conta è la reale ed effettiva sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai ricorrenti.¹² La tesi sostanzialistica, infatti, enfatizza i principi del *favor participationis* e della tutela del legittimo affidamento, apponendo un chiaro divieto di aggravio del procedimento, correggendo quelle soluzioni ampiamente diffuse nella pratica amministrativa e forense, che sfociavano in esclusioni anche per carenze prettamente formali.

Secondo l'indirizzo oggi prevalente, si consente la regolarizzazione del documento solo quando sia stato presentato, anche solo parzialmente, in sede di gara, quindi solo allorché la violazione sia di natura formale ed il rimedio in concreto non alteri la *par condicio* dei concorrenti.¹³

Pertanto è opportuno precisare che la regolarizzazione non è necessariamente servente all'accoglimento dell'istanza, soprattutto quando sia riconoscibile la volontà del soggetto a non indicare alcuni elementi da cui potrebbe scaturire il diniego all'emissione di un dato

¹¹ È importante a tal proposito ricordare l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, investita dell'ordinanza di rimessione della Sesta sezione, 17 maggio 2013, n. 2681, della questione di legittimità della clausola del bando di gara che prevedeva, a pena di esclusione, la mancanza della fotocopia del documento di identità. La Plenaria ha affermato che nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 – sostanziandosi nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue – non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

¹² Va segnalato tuttavia che da tempo, su questo specifico profilo, parte della giurisprudenza ha aderito ad un'impostazione sostanzialistica: secondo T.A.R. Lazio, sez. III, 19 gennaio 2005, n. 390, quando anche richiesta dal bando di gara, la mancata sottoscrizione di alcune pagine di una voluminosa offerta tecnica da parte del legale rappresentante di una società concorrente in una gara d'appalto sotto forma di ATI non incrina la certezza della provenienza della documentazione e non lede gli interessi dell'amministrazione.

¹³ In termini, Cons. St., Sez. VI, 21 ottobre 2011, n. 5639.

provvedimento.¹⁴ Il privato è dunque chiamato a collaborare con l'amministrazione non al solo fine di tutelare i propri interessi.¹⁵

Il soccorso istruttorio ha dunque trovato la sua normale collocazione nell'ambito della partecipazione del privato in una fase istruttorie che ha previsto l'intervento di un soggetto diverso dall'amministrazione attiva.¹⁶

In sintesi, la regolarizzazione sarebbe attuabile con l'unico scopo di integrare i documenti relativi al possesso dei requisiti di partecipazione, o per fugare dubbi in merito alla conformità della copia di un documento all'originale,¹⁷ mentre non sarebbe possibile ricorrervi per carenze inerenti l'offerta tecnica¹⁸ o per carenze relative al computo metrico estimativo¹⁹.

4.- La tassatività delle cause di esclusione alla luce degli interventi legislativi

In quest'ottica, si ravvisa, invece, una certa tolleranza verso le carenze documentali indotte da un'erronea indicazione contenuta nei modelli di dichiarazione predisposti dall'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, il principio di auto responsabilità della stazione appaltante²⁰ non consentirebbe di escludere il concorrente che abbia confidato nell'esattezza dei moduli allegati alla *lex specialis*.

La materia è stata oggetto, negli ultimi anni, di due profondi ed incisivi interventi legislativi. L'analisi delle cause di esclusione in materia di contratti pubblici, *rectius* la loro tassatività o

¹⁴ F. SAITTA, *Del dovere del cittadino di informare la P.A. e delle sue implicazioni*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione* a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, Torino, 2005, 111; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso dell'“altalenanza”*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14 – 15 – 16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, vol. II Padova, 2003, 451; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 27.

¹⁵ Secondo M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, pp. 573 - 599.

¹⁶ M. RICCIARDO CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Il Foro Amm.*, 2015, 1312; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13; A. LUCARELLI, *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*, 2003, 129; J. B. ROSENER, *Citizen Participation: Can We Measure Its Effectiveness*, in *Public Administration Review*, 38, no. 5, 1978, 457; D. COHEN, *The public – interest movement and citizen participation*, in *Citizen Participation in America essays on the state of the art*, a cura di S. Langton, Massachusetts, 1978. In questo senso Corte Cost., 22 febbraio 1962, n. 13; Corte Cost., 9 marzo 1978, n. 23; E. GIARDINO, *Partecipazione al procedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. Tomei, Padova, 2005, 273 ss.; F. SAITTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: Partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, 627; A. TRAVI, *Interessi procedurali e “pretese partecipative”*: *un dibattito aperto (A proposito di due contributi di Duret e Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 532 ss.

¹⁷ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 2 agosto 2011, n. 2057.

¹⁸ Durante la vigenza dell'art. 38 D.lgs. n. 163 del 2006 non vi era un esplicito riferimento all'offerta tecnica ed economica, si riteneva piuttosto che il soccorso istruttorio potesse riguardare anche elementi dell'offerta tecnica ed economica. A fronte della previsione preclusiva del nuovo codice, confermata dal correttivo, il Cons. St., con i pareri n. 855 del 2016 e n. 782 del 2017 ha espresso “l'opportunità di conservare comunque una forma di soccorso procedimentale, riferito agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, secondo cui, fermo restando il divieto di integrazione documentale, l'amministrazione, in casi di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, possa richiedere chiarimenti al concorrente”; “specie con riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad evitare difficoltà interpretative, l'amministrazione, in casi dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta tecnico-economica, dovrebbe poter richiedere chiarimenti ...”. Cfr. in materia Cons. St. sez III, 28 luglio 2017 n. 3781; si veda anche Corte di Giustizia, sez III, 10 maggio 2017, causa C131-16, che ammette chiarimenti sull'offerta o la rettifica di errori materiali manifesti, a condizione che tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione e che tali chiarimenti o rettifiche non possano essere assimilati ad una nuova offerta. Ancora Cons. St., Sez. V, 6 maggio 2011, n. 2716; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 11 maggio 2011, n. 692.

¹⁹ T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 20 marzo 2012, n. 175.

²⁰ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 20 luglio 2011, n. 1972; Cons. St., Sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029.

meno deve, allora, necessariamente ripercorrere tutte le modifiche di legge succedutesi nel tempo sia rispetto all'art. 38 che rispetto all'art.46 del d.lgs. n. 163/2006.

Infatti, la novella del D.L. n. 13 maggio 2011 n.70 (cd. *Decreto sviluppo*), che lo ha convertito con modifiche nella L. 12 luglio 2011 n. 106, ha introdotto il comma 1 *bis* dell'art. 46 cit., fino ad arrivare al recente D.L. 24 giugno 2014 n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), a sua volta convertito con modifiche nella L. 11 agosto 2014, n. 114, che per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, ha aggiunto il comma 2 *bis* all'interno dell'art. 38 cit., apportando, inoltre, una conseguente modifica all'art. 46, inserendovi il nuovo comma 1 *ter*, oltre a dettare anche un regime transitorio.

Nella fase *ante* decreto sviluppo del 2011, si è sposata una tesi rigidamente formalistica che tendeva ad un'interpretazione rigorosa della legge di gara, sanzionando con l'esclusione ogni difformità dalla stessa. All'entrata in vigore del Codice degli appalti, i giudici amministrativi avevano previsto che la stazione appaltante potesse fissare nel bando requisiti più rigorosi di quelli normativamente previsti, precisando che le disposizioni normative in materia si limitavano ad indicare i soli requisiti minimi di partecipazione alla gara.

Si ritiene che la discrezionalità accordata a monte alla stazione appaltante sia espressione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, sostanziandosi nel poterdovere della stessa di predisporre gli strumenti più idonei alla realizzazione dell'interesse pubblico.

La recente introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 ha ampliato il campo di applicazione del soccorso istruttorio, ma non vale ad evitare l'esclusione del partecipante nel caso in cui l'omissione si traduca in un'alterazione della regola della *par condicio*, sicché, ad esempio, si dovrà procedere all'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006 (in merito al possesso dei requisiti generali), dal momento che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il Regolamento lo prevedano espressamente, sia nell'ipotesi in cui la legge imponga adempimenti doverosi o introduca norme di divieto pur senza comminare espressamente l'esclusione²¹.

I principi su menzionati, applicati all'ambito specifico delle gare per l'affidamento dei contratti di appalto, sono stati a loro volta influenzati dalle norme, dai principi europei, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²². Infatti, si asserisce a tal proposito che "è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto"; è chiaro che le fonti comunitarie costituiscono una "contropinta" rispetto all'applicazione delle cause di esclusione dalle gare per via della inosservanza di prescrizioni puramente formali, privilegiando in questo modo la competizione sia al fine di favorire la concorrenza tra le imprese²³, sia al fine di garantire all'amministrazione una più ampia scelta e selezione del miglior concorrente. Ciò si riflette, immancabilmente, sull'ampiezza del dovere di soccorso, poiché "la portata delle singole clausole, comminanti l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi, va valutata alla

²¹ In termini, Cons. St., Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471. Cfr. in questo senso anche l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici nel documento di consultazione "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro" reperibile online presso il sito web www.avcp.it, ove si esprime la seguente linea interpretativa "ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligatorio", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione (Cfr. ad esempio, art. 37, co. 4, 13, 14, 15; art 75, co. 1,4,5; art. 111, co. 1; art. 113, Codice)". In senso parzialmente diverso cfr. T.A.R. Toscana, Sez. I, 6 settembre 2012, n. 1536.

²² Corte giust. CE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07; grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07.

²³ G. CAPUTI, in *Il soccorso*, la preferibilità dell'approccio sostanzialistico deriva anche dal principio di concorrenza efficace (workable competition), che privilegia la ricerca dell'impresa in grado di fornire il miglior prodotto e il miglior servizio.

stregua dell'interesse che la norma violata sia destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va favorita la massima partecipazione degli aspiranti, con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali e di correlativa attenuazione delle prescrizioni solo formali della procedura concorsuale²⁴; inoltre “nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente”²⁵.

In estrema sintesi, la disposizione sancita dal comma *1 bis* è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e al divieto di aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociano in esclusioni anche per violazioni strettamente formali.

In questo modo il legislatore ha voluto da un lato operare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare d'appalto ed alla semplificazione, e dall'altro preservare la speditezza dell'azione amministrativa e la parità di trattamento, salvaguardando in questo modo una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa dal sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante.

Il nuovo comma *1 bis* dell'art.46 ha, quindi, ampliato il perimetro applicativo del soccorso istruttorio, tracciando una netta linea di demarcazione tra il dovere di soccorso istruttorio e il divieto di integrazione postuma della documentazione.²⁶

La distinzione è stata ormai superata grazie all'introduzione nell'art. 46 D.lgs. n.163/2006 del comma *1 ter*²⁷, che in combinato disposto con l'art. 38, comma *2 bis* del medesimo decreto legislativo (introdotto con il D.L. 24.06.2014 n.90) consente di sanare qualsiasi carenza, omissione o irregolarità (chiaramente con le opportune limitazioni) previo pagamento di una sanzione pecuniaria. L'amministrazione assegna, quindi, al concorrente un termine non superiore a dieci giorni, “perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”. La disposizione continua asserendo che “nei casi di irregolarità non essenziali ovvero in mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede (neppure) la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione”.

Con queste articolate disposizioni il legislatore ha voluto oltrepassare le incertezze interpretative emerse nella realtà attraverso la “procedimentalizzazione del soccorso istruttorio”, infatti si supplisce a quella che era una incerta cadenza della procedura di gara attraverso un sub-procedimento che viene inevitabilmente assoggettato alle regole dell'ordinamento. Attraverso questo istituto si è cercato di operare un'ulteriore deflazione del contenzioso amministrativo, infatti, le nuove norme sono volte ad una più rapida risoluzione di quelle controversie che l'esperienza ha evidenziato come fisiologiche nelle gare pubbliche. Statisticamente, invero, nell'ambito degli appalti pubblici un'apprezzabile numero di

²⁴ Cons. St. Sez. V., 13 gennaio 2011, n. 172. Analogamente Cons. St., Sez. VI., 25 febbraio 2013, n. 1122.

²⁵ Cons. St. Sez. IV., 12 giugno 2009, n. 3696.

²⁶ F. RISSO, *Il principio di tassatività delle clausole di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di “soccorso istruttorio”*, in Foro Amm. Cons. St., 2013, 2530 “con la novella legislativa verrebbe escluso il potere della stazione appaltante di ampliare discrezionalmente la gamma degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, verrebbe meno il potere di autolimitare il campo di applicazione del dovere di soccorso istruttorio”.

²⁷ Il comma *1 ter* è stato inserito nell'art. 46 D.Lgs. n.163/2006 dall'art. 39 comma 2, D.L. 24 giugno 2014 n.90, convertito, con modificazioni, in L. 11 agosto 2014 n. 114 – la nuova disciplina trova applicazione per le procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore della disposizione. Su tali novità normative, mentre il presente lavoro era già in bozze, l'ANAC ha pubblicato – ai fini di una consultazione pubblica – la bozza di determinazione su “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2 bis e dell'art. 46, comma 1 ter del D.Lgs. n. 163/2006 (nuova disciplina del soccorso istruttorio)”.

contenziosi amministrativi riguarda proprio la fase di ammissione e di esclusione dalla gara, di frequente per questioni di carattere formale. Infine, l'introduzione di una sanzione pecuniaria incentiva i concorrenti ad una maggiore premura nella produzione documentale. Infatti, secondo la citata introduzione normativa, in caso di mancanza, incompletezza o in presenza di ogni altra irregolarità essenziale, il concorrente è obbligato a pagare una sanzione pecuniaria (garantita dalla cauzione provvisoria) nella misura stabilita dal bando. La disciplina in esame è stata assoggettata ad un'ulteriore modifica, infatti, il soccorso istruttorio viene oggi disciplinato dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs 50/2016 (*Nuovo Codice degli Appalti*) che è frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art 56, para 3, della Direttiva 24/2014 UE. In questo frangente viene in rilievo proprio l'aspetto relativo alla sanzione; l'originario art. 38, comma 2 *bis* del D.Lgs 163/06 prevedeva che laddove la domanda fosse stata carente di dichiarazioni o documenti richiesti a pena di esclusione dalla legge o dalla *lex specialis* di gara, l'operatore economico doveva, a pena di esclusione, appunto, essere sollecitato dalla stazione appaltante a normalizzare la propria posizione. A fronte della regolarizzazione l'operatore economico era tenuto a corrispondere un certo importo a titolo di sanzione, non inferiore all'uno per mille dell'importo dell'appalto e fino ad un massimo di 50.000,00 euro. Proprio relativamente alla corresponsione di suddetta somma è sorto un controverso dibattito tra la giurisprudenza e l'ANAC.²⁸

Alla luce di queste considerazioni, la sanzione andava applicata non solo quando il concorrente imbattutosi nell'irregolarità essenziale, avesse deciso di avvalersi del soccorso istruttorio, ma anche quando l'operatore economico pur non avvalendosi del soccorso istruttorio venisse, di conseguenza, escluso dalla procedura di gara. In tal caso si sosteneva che il fatto stesso di aver commesso un'irregolarità essenziale determinava l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria, a prescindere dalla circostanza che questi decidesse o meno di aderire all'invito della stazione appaltante, di sanare la propria posizione. Nella relazione del Procuratore Generale della Corte dei Conti, Salvatore Nottola, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, si legge che “ la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare. Il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo- contabile”. Non soltanto, dunque, la Stazione appaltante dovrebbe irrogare la sanzione anche laddove il concorrente decidesse di non avvalersi del soccorso, ma addirittura gli amministratori che omettessero di richiedere le somme dovute incorrerebbero in responsabilità amministrativo - contabile.

Di diverso avviso è l'ANAC che con la Determinazione n.1/2015 asserisce che al concorrente che decida di non avvalersi del soccorso istruttorio non debba essere applicata alcuna sanzione. Tale posizione sarebbe preferibile sotto in profilo della ragionevolezza, giacché la sanzione prevista dall'art. 38 comma 2 *bis* presenterebbe profili di illegittimità sia circa la disparità di trattamento tra le imprese in ragione delle loro condizioni economiche, sia in riferimento al pregiudizio che subirebbe la libera concorrenza. Un orientamento di diverso avviso rischierebbe di pregiudicare gravemente le ragioni degli operatori più deboli, che si troverebbero sommersi da ulteriori costi.

Facile comprendere come, laddove tale contrasto non si appiani, le stazioni appaltanti saranno comunque persuase a prediligere l'orientamento della Corte al fine di evitare forme di responsabilità di sicuro impatto.

In riferimento a quanto precedentemente esposto, si prospetta una inevitabile distinzione tra “irregolarità essenziali”, consistenti nella mancata produzione di documenti richiesti, sanabili attraverso il pagamento di una sanzione pecuniaria, ed altre irregolarità, relativamente alle quali non è necessaria alcuna regolarizzazione (le cd. mere irregolarità). L'istituto, dai contorni quanto mai indeterminati e dibattuti, ha dato luogo, come si vedrà, alla indiscutibile

²⁸ Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015.

necessità di superare la distinzione tra produzione di documenti incompleti (sanabile, salvo diversa disposizione normativa) e omessa produzione di documenti (comunque insanabile).

Ne scaturisce un capovolgimento del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria nella rammentata sentenza n. 9/2014, poiché con l'introduzione delle nuove norme in materia, diventano sanabili tutte le essenziali carenze, omissioni o irregolarità della documentazione. Come, infatti, è stato rilevato dall' Adunanza Plenaria in un'altra autorevole pronuncia²⁹, vi è il chiaro impegno del legislatore a voler evitare che vengano comminate esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, siano esse relative o assolute.

Ne consegue il prevalere della tesi sostanzialista nell'applicazione del soccorso istruttorio.³⁰

La giurisprudenza³¹, infatti, ha più volte asserito che la regolarizzazione documentale può essere concessa solo quando i vizi siano puramente formali, o comunque imputabili al solo errore materiale, e sempre che attengano a dichiarazioni o documenti non previsti a pena di esclusione, non essendo in questo caso possibile procedere alla sanatoria o all'integrazione postuma, senza che si materializzi una palese violazione dei termini massimi per la presentazione dell'offerta, e in definitiva, una violazione del principio di parità delle parti, che deve governare ogni procedura ad evidenza pubblica.³²

L'integrazione documentale, in altri termini, non intende supplire ad un'offerta originariamente incompleta e dunque inammissibile, ma è finalizzata a non far escludere dalla gara un'offerta che *ab initio* avrebbe dovuto essere ammessa, laddove non vi fosse stato l'errore materiale.

In estrema sintesi, il principio costantemente enunciato dalla dottrina deve essere rettammente inteso ed applicato nel senso che l'integrazione documentale non è ammessa ove essa sia indirizzata ad ovviare a una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, permettendole di modificare *in itinere* la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti³³. È, invece, consentito alla concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria partecipazione alla gara fosse sin dal principio e nella realtà concreta, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*.³⁴

Una tale integrazione mai potrebbe ritenersi lesiva della *par condicio* poiché tale principio deve necessariamente contemperarsi e bilanciarsi con quello che impone la massima partecipazione di tutti i soggetti che possiedono, nella realtà fattuale, tutti i requisiti necessari.

All'indomani dell'entrata in vigore del *Codice degli appalti*, però, l'applicazione del soccorso restava pressoché limitata, poiché nessun margine di azione veniva lasciato alla stazione appaltante. Infatti, a fronte di un'esplicita causa di esclusione riportata dal bando e realizzatasi nella realtà fattuale, l'Amministrazione, privata di qualsiasi margine discrezionale, doveva limitarsi ad escludere dalla gara dell'impresa che difettava dei requisiti richiesti. Dati i presupposti, l'impiego dell'istituto restava circoscritto alle ipotesi in cui nel bando fossero state inserite clausole equivoche o ancora quando fosse stata allegata una modulistica errata.

Nel bilanciamento tra interessi configgenti si innesta anche il principio di auto responsabilità³⁵ dei dichiaranti, per cui, ciascuno sopporta le conseguenze derivanti dalla presentazione di una documentazione erronea. Questa esigenza nasce dalla fondata preoccupazione che l'estensione dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio potesse alterare la *par condicio*, con la conseguente violazione dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

²⁹ Cons. St., Ad. Plen., n. 16 del 31 luglio 2014.

³⁰ A. MANZI, *In attesa della Plenaria...un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell'applicazione del c.d. soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/ 2013, 1309 e ss.

³¹ Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370.

³² Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038.

³³ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 503 ss.

³⁴ Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291; Cons. St., sez. III, 16 marzo, 2012, n. 1471.

³⁵ S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, 452.

5.- L'esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016

Il nuovo art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016, sotto la rubrica “*motivi di esclusione*”, identifica i requisiti di ordine generale in base ai quali si valuta l'affidabilità morale e professionale degli operatori economici. Si tratta di una serie di delitti consumati o tentati, accertati con sentenza di condanna definitiva, riferibili a fattispecie delittuose tassativamente indicate dalla norma. L'amministrazione, tuttavia, dovrà preoccuparsi di specificare le singole fattispecie.³⁶ Si analizzano, quindi, motivi obbligatori di esclusione del concorrente dalla procedura di gara ogni qual volta si palesino le fattispecie specificatamente previste. La valutazione dell'amministrazione è, dunque, vincolata.³⁷ Questa perentoria elencazione di reati sancisce le cause che determinano l'esclusione automatica dalla partecipazione a procedure d'appalto o concessione (comma 1).³⁸ L'unico spazio valutativo “residuo” in capo all'amministrazione è quello concernente la verifica della “completa ed effettiva dissociazione” dell'operatore economico dalla condotta criminosa accertata in via definitiva.³⁹ Relativamente alle ulteriori cause di esclusione, il comma 5 enuclea una serie di condotte ed omissioni suscettibili di determinare l'estromissione; si contemplanò, infatti, le gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte, tasse e contributi previdenziali. Sul punto si precisa che si qualifica, dunque, come causa di esclusione (così come specificato nel precedente comma 2 dell'art. 38, d.lgs. 163/2006) la violazione riferibile agli obblighi di pagamento delle imposte (e tasse) o dei contributi previdenziali.⁴⁰ Questo aspetto è finalizzato a garantire che l'amministrazione contratti solo con soggetti attendibili. La *ratio* della norma originaria viene altresì trasfusa anche all'interno del nuovo art. 80, che oltre a richiamare il precedente normativo, lascia intendere che non residua alcun margine di valutazione in seno alla stazione appaltante per quanto attiene l'individuazione delle violazioni rilevanti ai fini dell'esclusione. E ancora, si qualificano come cause di esclusione anche le infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, oltre che quelle in materia ambientale o sociale, nei casi in cui l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo.

L'esclusione opera anche nei confronti dell'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti dagli artt. 317 e 629 c.p. abbia omissso di denunciare i fatti all'autorità giudiziaria.⁴¹ Un discorso a parte merita la lett. c) del comma 5 che prevede

³⁶ L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 314 ss.

³⁷ R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, cit., 2015, 485, secondo cui “la norma è formulata in modo da indurre a ritenere vincolata l'esclusione dalle gare in presenza di una delle cause indicate, sicché è possibile contare su margini di discrezionalità solo per valutare la ricorrenza o meno dei requisiti soggettivi, ma una volta accertata l'assenza di un requisito di carattere generale non è consentito fare altro che escludere il concorrente”.

³⁸ Il correttivo alla norma è stato apportato sulla scorta del parere del Cons. St. 22 marzo 2017, che lamentava la mancata previsione di “alcune condanne per delitti sicuramente incidenti sulla moralità professionale dei concorrenti, quali ad esempio i falsi in bilancio”. Infatti, con l'introduzione della lett. b bis), sono state introdotte quali cause di esclusione le false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., così come le misure interdittive previste dagli artt. 67 e 84 del D.lgs. n. 159 del 2011 sulla lotta alla criminalità organizzata, per cui l'esclusione non opera soltanto a fronte di sentenza definitiva di condanna divenuta irrevocabile o di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ma anche in presenza di una delle misure interdittive.

³⁹ E. ROMANO, *La valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico – i motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Studi per un nuovo diritto amministrativo*, 2017, 62 ss.

⁴⁰ Con l'introduzione dell'art. 38 comma 2, d.lgs. 163/2006 si pone fine ad un lungo dibattito giurisprudenziale rispetto al valore del Durc quale documento accertante la regolarità contabile dell'operatore economico. Sul tema si veda R. RICCI, *Le irregolarità in sede di gara: spunti di riflessione, in particolare, sulla tematica della regolarità o, meglio, della irregolarità contributiva*, in *Foro amm.*, 2011, 511 ss.

⁴¹ A questa casistica il correttivo ha aggiunto due ulteriori fattispecie; quella relativa all'operatore economico che presenti nella procedura di gara dichiarazioni non veritiere (comma 5, lett. f bis) ed il caso dell'operatore

l'esclusione dalla gara allorché la "stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità". Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione". Il legislatore ha esteso alle condotte anteriori all'esecuzione del rapporto contrattuale le ipotesi rivelatrici della scarsa affidabilità professionale dell'impresa, ed ha conseguentemente accresciuto le informazioni che il concorrente deve fornire in sede di partecipazione alla selezione, allorché – come prevede il disciplinare di gara in questione – è tenuto a dichiarare "indicandole specificatamente, di non trovarsi nelle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare per appalti pubblici e di stipula dei relativi contratti previste dall'articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016".

In questo contesto finisce irrimediabilmente per avere rilevanza il "grave illecito professionale" che si sostanzia in un concetto indeterminato, ragion per cui "la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici",⁴² in questo senso l'Amministrazione non è esonerata dall'identificazione delle fattispecie espulsive, ma è obbligata a valutare il caso concreto cercando di ricollegarlo alla fattispecie astratta delineata dalla norma. Tale genericità ha indotto il legislatore delegato (art. 80 comma 13) ad attribuire ad apposite linee guida (non vincolanti) dell'ANAC il compito di garantire uniformità di trattamento da parte delle stazioni appaltanti nel considerare i mezzi di prova ritenuti adeguati o quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto siano significative ai fini dell'esclusione. Il citato comma 5, lett. c) rispetto al disposto dell'art. 38 comma 1, lett. f), D.lgs. n. 163 del 2006, ha sicuramente una portata più ampia e traccia una netta linea di demarcazione rispetto al passato. Infatti l'art. 80 al comma 5, lett. c) subordina l'esclusione del concorrente alla dimostrazione con mezzi idonei da parte della stazione appaltante del fatto che l'operatore economico si è reso colpevole di "gravi illeciti professionali", idonei ad incidere sulla sua affidabilità ed integrità. E' chiaro che debba trattarsi di un illecito commesso dall'operatore economico nell'esercizio della professione, atto a condizionare in modo sostanziale il rapporto fiduciario tra l'amministrazione e il futuro contraente. Si precisa che, nel caso di specie, l'esclusione non opera automaticamente, dal momento che è compito dell'amministrazione valutare l'effetto del comportamento sull'integrità e sull'affidabilità del contraente. Oggi i concetti di integrità ed affidabilità sono certamente intesi con un'accezione dal carattere più ampio rispetto a quanto sancito all'interno dell'art. 38, che contemplava condotte relative sia alla fase di gara che a quella di esecuzione del contratto, anche con riferimento a precedenti rapporti contrattuali con la medesima o altra stazione appaltante, tale riflessione era inevitabilmente inficiata da una valutazione prettamente discrezionale da parte della stazione appaltante.⁴³ Oggi, alla luce della nuova normativa, la stazione appaltante non

economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio, per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione; esclusione che perdura fino a quando opera la suddetta iscrizione (comma 5, lett. f ter).

⁴² In tal senso Cons. St., Comm Spec. 25 settembre 2017, n. 2042: parere su schema di Linee Guida ANAC, modificative/integrative delle Linee Guida n. 6/2016.

⁴³ La giurisprudenza sottolinea che tale potere compete unicamente alla stazione appaltante, escludendo che il concorrente possa operare un filtro preventivo sulla rilevanza di precedenti significativi, ai fini dell'ammissione alla gara. Cfr. Cons. St., sez III, 5 settembre 2017, n. 4192; sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412; sez. V, 25 febbraio

può più disporre l'esclusione automatica del concorrente, dovendosi, invece, inevitabilmente conformare alle disposizioni adottate dall' ANAC all'interno delle Linee Guida. Tale attività è approntata a predisporre una casistica allargata, né tassativa né vincolante⁴⁴ di illeciti professionali con lo scopo di indirizzare la valutazione discrezionale della stazione appaltante anche nell'identificazione di altre ipotesi non espressamente considerate dalle Linee Guida ma di fatto ascrivibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale. In estrema sintesi, la previsione del comma 5, lett. c) è finalizzata a creare una sorta di catalogo "aperto" di motivi di esclusione in riferimento al quale le stazioni appaltanti sono tenute a valutare l'attitudine di un determinato comportamento a materializzare un grave illecito professionale.⁴⁵

Con il nuovo codice è mutato anche il sistema delle prove, dal momento che la scelta che determina l'esclusione deve essere avvalorata attraverso "mezzi adeguati" individuati dalle linee guida dell'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 13. Dal quadro apparso fino a questo punto dell'analisi emerge che se da un lato il legislatore attraverso le linee guida ha tracciato alcune tipologie di illeciti professionali, dall'altro si contempla uno spazio valutativo in capo alla stazione appaltante circa l'indicazione di ulteriori fattispecie integrative di quella astratta e di come queste incidano sui requisiti di affidabilità e integrità.

Sulla scorta delle indicazioni del legislatore comunitario, è stato introdotto il nuovo istituto del c.d. "self cleaning"⁴⁶ attraverso il quale si ammette la possibilità per l'operatore economico di attestare che "le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto". In estrema sintesi si consente alla stazione appaltante di poter asserire l'affidabilità dell'operatore economico, anche laddove quest'ultimo sia incorso in uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 e sempre che il rapporto fiduciario tra quell'operatore economico e l'amministrazione, precedentemente incrinatosi, possa ritenersi recuperato e rinsaldato grazie all'adozione di azioni risarcitorie del danno o di provvedimenti di prevenzione rispetto alla commissione di ulteriori illeciti.

6.- La disciplina del nuovo soccorso istruttorio

La disciplina del soccorso istruttorio che ha trovato applicazione nelle procedure concorsuali o anche solo comparative, nei contratti pubblici⁴⁷, così come nei concorsi pubblici⁴⁸ è stata, da ultimo, nuovamente rielaborata – non senza qualche rilevante incongruenza⁴⁹ - dal

2015, n. 943; sez. III, 5 maggio 2014, n. 2289; sez. V, 14 maggio 2013, n. 2610; sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4455.

⁴⁴ Ciò si basa sul presupposto che le Linee Guida, previste dal comma 13 dell'art. 50 non hanno carattere vincolante, ma unicamente la funzione di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti.

⁴⁵ F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* 2017, n. 6, pp. 745 ss.

⁴⁶ L'art. 57 della Direttiva n. 24/2014 ha introdotto la possibilità di ricorrere a tale istituto.

⁴⁷ C. E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, a cura di C.E. Gallo, Torino, 2014, 7 ss.

⁴⁸ Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 1042; Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2008, n.1.

⁴⁹ Cons. St. parere n. 855/2016 sullo schema del Decreto Legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11":*"Il comma in esame (il quale peraltro riprende in massima parte il contenuto del d.lgs. 163 del 2006, art. 38 co. 2-bis in tema di c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento') appare di dubbia conformità con la previsione della legge delega, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda" (lettera z). Al di là della condivisibilità o meno di questa scelta del legislatore (che sembra eliminare un deterrente indubbiamente responsabilizzante per le imprese) non si può riproporre il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento' di cui all'attuale art. 38, co. 2-bis dell'abrogando codice. In questa prospettiva, anche al fine di rispettare il fondamentale criterio di semplificazione imposto dalla delega, si suggerisce di prevedere due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria. Al primo periodo (anche per evitare contrasti in sede applicativa) si suggerisce di eliminare la*

recentissimo D.lgs n. 50/2016 (*c.d. Nuovo codice dei contratti pubblici*) recante la normativa di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

In estrema sintesi si può affermare che l'intervento normativo in questione non abbia stravolto eccessivamente il precedente assetto dell'istituto e che il legislatore abbia colto l'occasione del generale riordino della disciplina dei contratti pubblici e del suo adeguamento alle sopracitate direttive europee, per chiarire alcuni aspetti controversi e per rimuovere alcune irregolarità evidenziate nella prassi applicativa.

Dopo i menzionati interventi normativi, il soccorso istruttorio viene oggi disciplinato dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 (*Nuovo codice degli appalti*) per cui: a) in via generale le carenze sanabili degli elementi della domanda e del neo introdotto Documento di gara Unico Europeo (D.G.U.E.)⁵⁰ sono unicamente quelle "formali", per cui, il soccorso è escluso – come nel precedente regime - per carenze "sostanziali" dei requisiti di partecipazione⁵¹; b) sono sanabili, così come in passato, "la mancanza, l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale" dei citati documenti,⁵² restando (ora espressamente) omessa l'assenza dell'offerta tecnica ed economica; c) la determinazione della sanzione amministrativa connessa alla regolarizzazione, è stata apprezzabilmente ridotta dal legislatore (in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 Euro) e, soprattutto, non è più automaticamente applicabile a seguito del solo esercizio del potere di soccorso, ma solo nel caso in cui l'operatore economico – nel termine assegnato dalla stazione appaltante (sempre non superiore a dieci giorni) – decida di procedere alla regolarizzazione⁵³; d) è stata sancita anche la possibilità di sanare le mere irregolarità formali (la mancanza o l'incompletezza) delle dichiarazioni o degli elementi non essenziali della domanda e del DGUE – in questo caso si ritiene che la sanzione amministrativa citata non possa essere comminata a carico dell'operatore economico laddove questi decida di accedere alla procedura di soccorso; e) l'esclusione dalla gara del soggetto soccorso continua ad essere collegata "all'inutile decorso del termine di regolarizzazione"; d) infine, viene recepita nella disposizione in esame la nozione di "irregolarità essenziale" già elaborata dall'ANAC nella Determinazione n. 1/2015, da intendersi come "carezza" della

possibilità di sanare con il c.d. 'soccorso istruttorio' la "mancanza (...) dei requisiti". Ed infatti, tale previsione è obiettivamente perplessa e sembra ammettere che sia possibile per il concorrente dotarsi anche successivamente di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto. Se la volontà è quella di fare riferimento a "elementi" di carattere solo dichiarativo, allora la cosa deve essere esplicitata con chiarezza."

⁵⁰ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 85; L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*; 2016, 2012; d.lgs n. 50/2016 art. 53. Inutile obiettare che il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 76, comma 3, impone alla stazione appaltante, contestualmente alla pubblicazione sul proprio profilo di committente (d.lgs. n. 50 del 2016, art. 29, comma 1, secondo periodo), di comunicare ai concorrenti il "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione "dei requisiti partecipativi "indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti", poiché tra questi ultimi non figurano certamente i documenti a comprova dei requisiti partecipativi auto dichiarati, destinati ad essere acquisiti solamente a valle dell'aggiudicazione (d.lgs. n. 50 del 2016, art. 32, comma 7). Delle altrui dichiarazioni sostitutive in ordine ai requisiti partecipativi – rese immediatamente accessibili ai sensi del menzionato art. 76, comma 3, cit. – il concorrente ha già preso conoscenza, pur senza estrarne copia, nella seduta pubblica dedicata all'esame della documentazione amministrativa; peraltro, "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo" di cui all'art. 85 d.lgs. n. 50 del 2016, lungi dal costituire cause di esclusione, sono presupposti per il (doveroso) soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

⁵¹ Ne deriva che continua ad essere emendabile solo l'errore materiale della mancata allegazione della dichiarazione o commesso nella dichiarazione concernente il requisito essenziale di partecipazione.

⁵² Salvo, come si vedrà nel proseguo, le irregolarità che impediscono di individuare il contenuto o l'autore dei documenti.

⁵³ Inoltre, poiché la sanzione non è più automaticamente applicabile, per il mero fatto del riscontro della carezza nella documentazione presentata dall'operatore economico, è venuto meno anche il meccanismo di escussione della cauzione provvisoria.

documentazione (ovviamente concernente i requisiti richiesti a pena di esclusione) che non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

In particolare, viene esclusa la sanabilità delle citate carenze documentali (e, quindi, diversamente dal precedente regime, il soccorso istruttorio è inapplicabile) laddove vi sia un difetto della documentazione (recante le dichiarazioni concernenti i requisiti di partecipazione richiesti a pena di esclusione) che non consenta in alcun modo di discernere il contenuto o di individuare il soggetto responsabile della documentazione medesima⁵⁴ (ad es: totale mancanza di sottoscrizione della domanda o del DGUE).⁵⁵

Le citate modifiche normative introdotte dal D.lgs n. 50/2016 pongono il problema di appurare quali siano le rilevanti differenze rispetto alla precedente disciplina, ma soprattutto di analizzare quali siano i risvolti pratici di tale mutamento.

Al riguardo, occorre preliminarmente evidenziare che anche nel nuovo codice dei contratti pubblici il comma 8 dell'art. 83 (come il comma 1 *bis* dell'art. 46 dell'abrogato D.lgs 163/2006) sancisce il principio di tipicità/tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità testuale delle clausole difformi contenute nei bandi.⁵⁶

Ne deriva che l'indispensabilità di un determinato adempimento formale o documentale continua a dipendere dalla predeterminazione normativa, non potendo essere il frutto di una scelta discrezionale delle stazioni appaltanti.⁵⁷

In via generale, quindi, si può attestare che, anche alla luce del nuovo assetto normativo, l'applicabilità del soccorso istruttorio resta strettamente legata alla presenza di una fattispecie di esclusione tipizzata, per cui, la sua operatività dipende essenzialmente da una scelta fatta a monte dal legislatore.

7.- Sulla cauzione provvisoria

Quanto alle novità applicative scaturenti dal *Nuovo codice degli appalti* si evidenzia che:

Con riferimento alla cauzione provvisoria, che “assolve – come noto – allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario,”⁵⁸ si può ritenere che, anche alla luce dell'art. 93 D.lgs n. 50/2016, resti inalterata la sua natura di documento essenziale per la partecipazione alla gara.

Pertanto, anche se nel bando non sia esplicitamente prevista la sanzione dell'esclusione dalla procedura in caso di mancata produzione del documento in parola,⁵⁹ questa scaturisce dalla natura “imperativa” della citata disposizione che al pari dell'art. 75 dell'abrogato D.lgs

⁵⁴ R. DAMONTE, E. MORO, *Il soccorso istruttorio e fase di verifica dei requisiti di idoneità*, in *Urb. e app.* 2017, 246.

⁵⁵ Nella più volte citata Determina n. 1/2015, l'ANAC individuava come irregolarità essenziali anche “l'omessa produzione del documento di identità a corredo della dichiarazione” e la “mancata indicazione dei soggetti cui fanno riferimento le lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 38, laddove la stazione appaltante abbia espressamente richiesto tali indicazioni negli atti di gara e le connesse loro dichiarazioni.”

⁵⁶ L'ultimo periodo della norma in questione, peraltro non presente nella prima stesura del codice ed introdotto a seguito di apposita “censura” contenuta nel parere del Cons. St. n. 855/2016, così recita: “I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.” Inoltre, la disposizione in parola non contiene più – come l'art. 46, comma 1 bis del d.lgs 163/2006 - il riferimento alle ipotesi di esclusione contenute in atti normativi regolamentari e, quindi, ne deriva che le medesime non possono che essere previste da leggi o atti aventi pari forza normativa.

⁵⁷ Ove nel bando fosse prevista un'apposita clausola di esclusione atipica, essa sarebbe irrimediabilmente nulla.

⁵⁸ Determinazione ANAC 1/2015. Con il nuovo codice dei contratti, la cauzione ha perso la funzione di garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria collegata all'espletamento del soccorso istruttorio.

⁵⁹ Ossia di mancata richiesta della garanzia nel termine di scadenza della presentazione delle offerte.

163/2006 - stabilisce tale adempimento documentale come doveroso da parte dell'operatore economico.⁶⁰

Laddove, invece, la garanzia sia stata effettivamente predisposta entro il termine di scadenza della presentazione della domanda di partecipazione, ma erroneamente non allegata alla medesima, o presenti irregolarità dei requisiti formali indicati dall'art. 93 (importo garantito, previsione del beneficio dell'escussione, ecc.), può applicarsi il soccorso istruttorio, consentendo al partecipante di produrre il documento omesso o di integrarne le lacune.

Alla luce del comma 9 dell'art. 83, il soccorso istruttorio deve, ad oggi, ritenersi inapplicabile laddove le irregolarità della documentazione concernente la garanzia provvisoria siano tali da non consentire di individuarne il contenuto o da impedire di risalire al soggetto garante.⁶¹

8.- Sull'avvalimento

In tema di avvalimento,⁶² secondo l'art. 89 del D.lgs 50/2016, l'operatore economico che, in sede di gara intenda accedere a tale istituto, è tenuto a produrre in allegato alla domanda: "oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria (..) una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 (..) nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (..); una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (..)";⁶³ il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto."

Rispetto al precedente regime normativo (art. 49 d.lgs 163/2006), il *Nuovo codice degli appalti* non ha prodotto modifiche significative, ad eccezione di una semplificazione degli incombenti formali per il ricorso al medesimo (non sono più previsti tra i documenti da allegare quelli di cui all'art. 49, 1 comma, lett. a) ed e) d.lgs 163/2006. Con riferimento a tale istituto, possono ritenersi ancora vigenti i parametri applicativi del soccorso istruttorio elaborati dalla giurisprudenza (e dall'ANAC) immediatamente prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti.

Quindi, attraverso il soccorso istruttorio è (ancora) possibile ovviare a detto inadempimento dell'operatore economico (e scongiurare la sua esclusione dalla procedura) qualora i documenti in questione siano già sottoscritti e completi nel termine di presentazione delle offerte (carenza solo formale del requisito) e non anche nel caso della loro materiale inesistenza.

Ad oggi, invece, non sono più sanabili le irregolarità che non consentano l'individuazione del loro contenuto o di risalire al soggetto che ha rilasciato la dichiarazione medesima.⁶⁴

Parimenti, si ritiene ancor oggi attuale quell'orientamento giurisprudenziale in riferimento al quale non è impiegabile l'istituto del soccorso istruttorio (con la conseguente esclusione

⁶⁰ La sanzione dell'esclusione è, invece, espressamente prevista dal comma 8 del citato art. 93, con riferimento alla dichiarazione d'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la cauzione provvisoria.

⁶¹ Tali ipotesi di irregolarità essenziali sono ora parificate dal legislatore alla carenza sostanziale del requisito di partecipazione.

⁶² Istituto mediante il quale l'operatore economico, ai fini della partecipazione ad una procedura di gara, può utilizzare (avvalersi) dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), nonché dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, posseduti da altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento temporaneo di imprese.

⁶³ Sull'istituto dell'avvalimento si veda G.P. CIRILLO, *L'avvalimento: sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2008; G.P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016.

⁶⁴ S. CALVETTI, *Indeterminatezza del contratto di avvalimento e soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.* 4/2016, 445 ss.

dell'operatore economico che abbia fatto ricorso all'avvalimento) nel caso di indeterminatezza dell'oggetto del relativo contratto, seppur tempestivamente prodotto.⁶⁵

Si sposa in questo senso un filone giurisprudenziale ormai piuttosto consolidato in materia di avvalimento.⁶⁶

In sintesi si conferma che il soccorso istruttorio non è ammissibile quando il contratto di avvalimento abbia un contenuto indeterminato. Il profilo della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento non deve essere interpretato meccanicamente, né secondo aprioristici schemi concettuali che non tengano conto del singolo appalto, ma deve essere concepito in modo da non frustrare la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis*.⁶⁷

Una delle modifiche più evidenti consiste nella soppressione dell'onerosità del soccorso istruttorio: gli operatori economici avranno la facoltà di regolarizzare e/o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti e/o irregolari senza dover sostenere alcun onere finanziario.⁶⁸

L'introduzione del soccorso istruttorio gratuito⁶⁹ riporta coerenza tra l'istituto e la legge delega n. 11/2016 per la predisposizione del nuovo codice degli appalti che (all'articolo 1, comma 1, lett. z) prescriveva la "riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta".

La soppressione dell'onerosità del soccorso istruttorio conforma finalmente l'istituto ai principi comunitari volti alla massima apertura del mercato alla concorrenza.⁷⁰

⁶⁵Cons. St., sez. III, 29.01.2016 n. 346. La pronuncia in esame è molto importante poiché, pur qualificando il contratto di avvalimento come contratto atipico, ritiene necessario "che il contrasto si sostanzi in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito, e ciò soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, dove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come accade per gli appalti di lavori, ed i requisiti richiesti vengono fissati di volta in volta dal bando di gara". Inoltre essa esclude la possibilità di un soccorso istruttorio ope iudicis: "ciò che non è consentito in sede procedimentale, attraverso l'illegittimo utilizzo del soccorso istruttorio, per le ragioni vedute, a maggior ragione non lo è in sede processuale, poiché i poteri officiosi del giudice non possono certo supplire alle insanabili lacune dell'offerta (...), venendo altrimenti essi a concretizzare una forma di soccorso istruttorio, da parte del giudice, non solo illegittima sul piano sostanziale, dacché altera la par condicio dei concorrenti, ma anche sul piano processuale, poiché vulnera il principio di parità delle armi tra le parti." Sulla questione si veda anche: S. CALVETTI, *Indeterminatezza del contratto di avvalimento e soccorso istruttorio – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2016,4,445.

⁶⁶ Cons. St., sez III, 17 dicembre 2015, n. 5703.

⁶⁷ Non solo il Consiglio di Stato, ma anche i T.A.R. sono orientati in tal senso: da ultimo, T.A.R. Lecce, sez I, 12 gennaio 2016, n. 76: "L'art. 88 comma 1, lett. a), d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nello stabilire che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, non può essere inteso in senso troppo restrittivo, quasi che la norma richieda una elencazione dettagliata ed analitica di tutte le risorse prestate; infatti l'art. 49 comma 2 lett. d), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 si limita a prevedere che l'impresa ausiliaria debba presentare una dichiarazione con cui si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".

⁶⁸ Un tempo, infatti, il soccorso istruttorio era oneroso: A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio "a pagamento" tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica*, in *Urb. e app.* 2016, 1251; S. USAI, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio integrativo*, *ivi*, 2015, 1085, ricordava che lo stesso Procuratore della Corte dei Conti, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, ha sostenuto che il pagamento della sanzione in commento deve essere richiesta a pena di danno erariale.

⁶⁹ Sulla necessità di eliminare il soccorso istruttorio a pagamento si era pronunciato anche il Cons. St. con parere n. 855/2016 reso sullo schema del decreto delegato del 2016.

⁷⁰ In proposito è opportuno rammentare che l'intervento correttivo trae spunto dall'ordinanza 3.10.2016 n. 10012 con la quale il T.A.R. Lazio aveva messo in discussione la legittimità comunitaria del soccorso istruttorio oneroso, sottoponendo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea alcune questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 38 comma 2-bis del D.lgs. 12.4.2006 n. 163 rispetto alla disciplina di cui agli artt. 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE ed ai principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione in materia di procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture. Nel caso di specie (mancanza di sottoscrizione di una dichiarazione prescritta dal bando di gara e dal disciplinare da parte del legale

In termini più generali la totale gratuità del soccorso istruttorio è peraltro espressione del cosiddetto divieto di “goldplating” (di cui all’art. 32, comma 1, lett. c) L. 234/2012 – *Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione Europea* - dal quale scaturirebbe il divieto per gli Stati membri, in sede di recepimento delle Direttive comunitarie, di introdurre regole che comportino costi ed oneri ulteriori per le imprese e i cittadini rispetto a quelli già contemplati dal legislatore comunitario.

L’introduzione della gratuità dell’istituto non esclude la possibilità di far gravare sul concorrente che le ha determinate almeno le spese sostenute dalla stazione appaltante per l’aggravio procedimentale e la dilatazione dei tempi necessari per realizzare la prescritta integrazione documentale.⁷¹

La riscrittura della norma di cui all’art. 83, comma 9, oltre ad eliminare l’onerosità dell’istituto, ha superato la precedente differenziazione tra irregolarità essenziali e non essenziali, addivenendo alla conclusione che gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull’offerta economica e tecnica.

In particolare si attesta la sanabilità delle sole carenze “formali” degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.) ma non anche delle carenze “sostanziali” dei requisiti di partecipazione. Nello specifico sono sanabili la mancanza, l’incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale e non degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.). Non è, invece, ammesso il soccorso istruttorio nel caso in cui le omissioni (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità) riguardino l’offerta tecnica ed economica.

A fronte di irregolarità insanabili si procederà all’immediata esclusione dell’operatore dalla gara. In presenza di irregolarità sanabili, invece, il R.U.P. ha l’obbligo di attivare il procedimento di regolarizzazione assegnando all’operatore economico un termine non superiore a 10 giorni entro il quale dovrà procedere alle integrazioni. Il R.U.P. dovrà indicare oltre all’operazione da compiere anche i soggetti tenuti a tale integrazione. L’inutile decorso del termine di regolarizzazione comporta l’esclusione dalla gara del soggetto.

“L’esclusione dalla gara avviene non solo in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione (come già previsto dalla normativa previgente), ma anche in caso di inadeguatezza delle integrazioni presentate”.⁷²

9.- Il soccorso istruttorio processuale

L’Amministrazione può ricorrere al soccorso istruttorio anche in un momento successivo all’aggiudicazione della gara.⁷³ Una particolare ipotesi di soccorso istruttorio successivo all’aggiudicazione è quella del soccorso istruttorio processuale.⁷⁴

rappresentante della capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese – R.T.I. – e conseguente comminatoria della “sanzione” pari a € 35.000) il T.A.R. Lazio censurava innanzitutto l’automatismo con il quale la stazione appaltante aveva imposto il pagamento della sanzione per il solo fatto di aver riscontrato una carenza nella domanda di partecipazione a prescindere dalla scelta dell’operatore economico di avvalersi o meno del soccorso istruttorio. Il T.A.R. Lazio contestava inoltre la norma laddove non prevedeva la possibilità, per la stazione appaltante, di graduare la sanzione in ragione delle gravità riscontrate con la conseguenza che, non essendovi alcuna differenza tra una domanda di partecipazione carente sotto un unico profilo (magari una mera irregolarità) ed una domanda carente sotto plurimi e gravi profili, sarebbero state sanzionate allo stesso modo situazioni completamente diverse. Sotto questo aspetto una sanzione potenzialmente sproporzionata rispetto alla gravità del deficit documentale ravvisato dalla stazione appaltante è apparsa al Collegio remittente ingiustamente punitiva. Peraltro, rilevava lo stesso Tribunale, nel bilanciamento tra costi certi (la sanzione pecuniaria) e costi incerti (le chances di vittoria della gara) una sanzione di notevole entità avrebbe potuto condurre un’impresa economicamente più debole a decidere di abbandonare la gara.

⁷¹ Cons. St., sez. normativa, parere n. 432/2017.

⁷² Atto del Governo n. 397 – Dossier Servizio Studi n. 390.

L'istituto, in analisi, è ancor oggi privo di una rigorosa disciplina normativa e riguarda le ipotesi nelle quali risulta accertato in giudizio che:

- a. la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente;
- b. l'indicata carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale, disciplinato dal codice dei contratti pubblici".

Preliminarmente si rammenta che la disciplina del soccorso istruttorio è chiara estrinsecazione dell'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento che devono mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In sostanza l'istituto tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili.

⁷³In tal senso si è espresso recentemente T.A.R. Roma, sez. II, 15/3/2017 n. 3541. Nel caso sottoposto al Collegio la ricorrente (seconda graduata) lamentava che il R.T.I. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la mandataria, pur avendo acquisito nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, un ramo d'azienda da altra società, non aveva prodotto in sede di partecipazione ma solo successivamente alla aggiudicazione della gara, la dichiarazione sostitutiva attestante l'assenza delle cause di esclusione ex art. 38 d.lgs. 163/2006, in capo agli amministratori dell'impresa cedente. Nello specifico la ricorrente affermava l'impossibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio a gara ormai conclusa, rilevando che la retrocessione della procedura alla fase in cui si sarebbe dovuto effettuare il soccorso istruttorio troverebbe un ostacolo insormontabile nel principio di separazione tra le fasi di valutazione della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica da quella di valutazione dell'offerta economica. Respingendo detti motivi il Collegio ha ritenuto che *“l'Amministrazione possa ricorrere all'istituto del c.d. soccorso istruttorio in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici anche in un momento successivo all'aggiudicazione della gara (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 luglio 2016, n. 948). Riguardo all'istituto del soccorso istruttorio va rilevato, in generale, che la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 (applicabile ratione temporis al caso di specie), dopo le modifiche introdotte dall'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. n. 114/2014, consente la sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, atteso, che, facendo la norma esplicito riferimento anche agli «elementi» e non solo alle «dichiarazioni», è consentita l'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, in relazione ai requisiti e condizioni di partecipazione, purché sussistenti alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (non essendovi possibilità di acquisirli successivamente), e con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (cfr. Determina ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015). Dunque, con riferimento alla documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara, deve ritenersi normalmente possibile anche il soccorso istruttorio quando la documentazione esaminata dall'Amministrazione non sia risultata sufficientemente chiara o completa nella dimostrazione dei requisiti richiesti, fermo restando, anche qualora venga esercitata tale facoltà, il potere dell'Amministrazione di escludere dalla gara le imprese che non provino, dopo una eventuale richiesta istruttoria integrativa, il possesso dei necessari requisiti tecnici richiesti per la partecipazione alla gara. Tale essendo la ratio e la finalità dell'istituto, deve ritenersi che il relativo subprocedimento non sia precluso a valle dell'aggiudicazione e, quindi, alla stazione appaltante è consentito chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma, nei casi in cui l'Amministrazione si sia avveduta di eventuali carenze documentali non a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni) ma all'esito dell'aggiudicazione (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 29 aprile 2016, n. 712; e T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 24 giugno 2016, n. 1276)”*.

⁷⁴Sul punto si è sul quale si è pronunciato recentemente il Cons. St., Sez. III, con le sentenze nn. 975 e 976 del 2 marzo 2017.

Si precisa che l'unico limite è rappresentato dall'inalterabilità del contenuto dell'offerta e dalle dichiarazioni rese dall'operatore economico, purché esistenti alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta stessa. Tali elementi sono esposti anche ad una verifica postuma, ogni qual volta la documentazione esaminata dall'Amministrazione non si sia rivelata sufficientemente chiara ed esaustiva. La giurisprudenza ha, quindi, ritenuto possibile ricorrere al soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione della gara "nei casi in cui l'Amministrazione si sia avveduta di eventuali carenze documentali non a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni), ma all'esito dell'aggiudicazione".⁷⁵

In questa ottica, la giurisprudenza più recente ha ammesso il cd. soccorso istruttorio processuale che risponde all'esigenza di evitare "che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara"⁷⁶. Si è, quindi, sposata la tesi sostanzialistica, la cui applicazione è volta ad evitare che intervenga l'esclusione per formali vizi delle dichiarazioni, allorquando si riesca a dimostrare che il possesso del requisito fosse antecedente alla presentazione dell'offerta, dimostrando, con onere a carico dell'aggiudicatario ex art. 2697 c.c., la sussistenza dei requisiti sostanziali di partecipazione. Ciò determina l'applicazione del soccorso istruttorio anche in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione. In questa prospettiva, tenendo conto che la questione non è rilevabile d'ufficio da parte del giudice, l'aggiudicatario dovrebbe articolare un ricorso incidentale, fondato sul comportamento illegittimo della stazione appaltante che avrebbe ommesso di attivare il soccorso istruttorio, pur in presenza dei relativi presupposti.⁷⁷

10.- Conclusioni

Sulla base di queste considerazioni si esclude che il soccorso istruttorio relativo ai requisiti di partecipazione - disposto in seguito all'intervenuta aggiudicazione - violi il principio della "par condicio" tra i concorrenti⁷⁸. Infatti, la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara⁷⁹ e per tutto il suo svolgimento⁸⁰. In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio. Pertanto, la successiva correzione o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante,

⁷⁵ T.A.R. Lazio, sez III, 16 marzo 2017, n. 3541, che richiama T.A.R. Puglia, Lecce, sez III, 29 aprile 2016, n. 712; T.A.R. Lombardia, sez IV, 24 giugno 2016, n. 1276; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 luglio 2016, n. 948. Ed anche Cons. St. sez III, 2 marzo 2017, n. 975.

⁷⁶ Cons. St. sez III, 2 marzo 2017, n.975, *ult. cit.*

⁷⁷ F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 6/2017, 745 ss.

⁷⁸ L. LA ROSA, *Il soccorso istruttorio "in sede processuale": tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, in *Urb. e app.*, 2017, 488 ss.; Cons. St., sez III, 2 marzo 2017, n. 975.

⁷⁹ F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, Napoli, 2012, 164 ss.; F. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011, 118 ss.; B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 93 ss.

⁸⁰ Cons. St. Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8; Cons. St., sez. III, 13 aprile 2016, n. 1471; C.G.U.E., sez. V, 4 maggio 2017, C-387/14.

se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio.

Si ritiene, a tal proposito, che omettere la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio ingenererebbe effetti del tutto illogici e inadeguati dal momento che l'impresa aggiudicataria non avrebbe la facoltà di stipulare il contratto, pur disponendo, dal punto di vista sostanziale, di tutti i requisiti necessari.

Le modifiche apportate dal decreto correttivo mirano ad affinare il tessuto normativo del D.lgs. n. 50/2016 senza intaccarlo, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza con l'unico scopo di pervenire ad un effettivo sviluppo del settore. In realtà già nel corso delle audizioni parlamentari erano affiorate alcune problematiche nelle osservazioni formulate dalle maggiori stazioni appaltanti, dagli operatori economici e dalle associazioni di categoria consultate dal Parlamento. Da più parti è stata rilevata la complessità, l'astrusità della normativa oltre che la difficoltà applicativa dell'istituto. In particolare il Consiglio di Stato⁸¹ si augurava l'estrinsecazione della casistica attestante le ipotesi di mera "irregolarità essenziale" della dichiarazione (che può essere ammessa al soccorso istruttorio) e quelle relative alla carenza di un elemento essenziale dell'offerta (che comporta l'esclusione dell'impresa). Tuttavia a fronte delle rilevate problematiche lo stesso Consiglio di Stato⁸² ha evidenziato i limiti dello strumento del decreto correttivo in sé e rispetto al codice dei contratti pubblici.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può affermare che nessuna riforma nasce subito perfetta, ma molte possono diventarlo con una fase di progressivo adattamento nell'ambito del quale i decreti integrativi e correttivi hanno un ruolo fondamentale sia per rimuovere illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, sia per apportare le correzioni e le integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie, se non indispensabili, per il buon funzionamento della riforma.

In sintesi è possibile attestare che, nonostante le acrobatiche vicende che hanno interessato l'istituto, l'eliminazione del soccorso istruttorio oneroso e la maggiore snellezza sono certamente scelte apprezzabili anche se la norma continua a presentare punti astrusi e potenziali difficoltà applicative per aggirare le quali, in considerazione del breve lasso temporale intercorso tra l'emanazione del D.lgs. n. 50/2016, si potrà fare riferimento ai principi giurisprudenziali già formati, nell'attesa di un nuovo intervento dell'ANAC e della futura elaborazione giurisprudenziale.

ABSTRACT: Il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione in qualunque procedimento amministrativo ove il responsabile del procedimento per assicurare l'integrità dell'istruttoria debba colmare lacune documentali, modificare dichiarazioni o sanare errori. Nell'ambito dei contratti pubblici l'istituto è volto a limitare le ipotesi di esclusione degli operatori dalle procedure di gara per vizi meramente formali, nel rispetto del principio del *favor participationis*.

The procedure for remedying deficiencies is an institute applied to any administrative procedure where the responsible for the procedure in order to ensure the integrity of the remedy procedure must close documentary gaps, modify statements and correct mistakes. In the area of public contracts the institute is designed to limit the exclusion of the operators of tendering procedures purely due to formal defects, in respect to the *favor participationis* principle.

⁸¹ Cons. St., comm. Spec., parere 1 aprile 2016, n. 855.

⁸² Cons. St., comm. Spec., parere 30 marzo 2017, n. 432.

