



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani, Giovanni Martini.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

Il soccorso istruttorio. Evoluzione dell'istituto e principali problematiche ancora aperte.

di Fausto Gaspari

(Avvocato Praticante. Amministrativista)

Sommario

1. Il soccorso istruttorio: inquadramento generale. 2. Dalla prima formulazione al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006. 3. Le modifiche al codice del 2006: il d.l. 13 maggio 2011, n. 70. Il principio della tassatività delle cause di esclusione. 4. Una seconda modifica al codice del 2006: l'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e l'introduzione del "soccorso istruttorio a pagamento". 5. L'intervento dell'Anac: la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1. 6. Il codice di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. 7. Il correttivo al codice dei contratti pubblici. 8. Esame casistico. Le problematiche ancora aperte. 8.1. Mancata sottoscrizione dell'offerta. 8.2. Costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendali. 8.3. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale e di carattere speciale.

Abstract

The scope of the present essay is to analyze the evolution over the time and the relevant case law of the so called "soccorso istruttorio", the legal instrument pursuant to which economic operators are allowed to integrate or correct the offers filed in tender procedures, in case of mistakes or other discrepancies in respect to the tender *lex specialis*. The essay examines the legal modifications that "soccorso istruttorio" has suffered and the uncertainties still affecting its application.



1. Il soccorso istruttorio: inquadramento generale.

Nell'ambito della materia dei contratti pubblici, il soccorso istruttorio costituisce l'istituto giuridico attraverso il quale, in sede di gara, si consente agli operatori economici di porre rimedio ad eventuali incompletezze o irregolarità di carattere formale o documentale, evitando in tal modo – a causa di atteggiamenti delle amministrazioni aggiudicatrici ispirati ad “eccessivo formalismo”¹ – di essere esclusi dalla procedura selettiva.

Tale istituto ha trovato il suo “habitat naturale” nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica² – e di questo si parlerà nel presente contributo –, ma il soccorso istruttorio rappresenta, da un punto di vista più ampio, la concreta applicazione del principio generale del giusto procedimento, di cui all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241³, volto a valorizzare i principi di buon andamento, leale collaborazione, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa⁴, da cui deriva la possibilità di applicazione di tale istituto in qualunque procedimento amministrativo in applicazione dell'art. 6, comma 1, lett. b), l.n. 241/1990, che riconosce al RUP il potere di adottare tale strumento per colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori emergenti in fase istruttoria⁵.

In tal modo, il soccorso istruttorio – anche per come delineato dalla giurisprudenza – tende a soddisfare l'esigenza, entro certi limiti, di prevalenza della sostanza sulla forma, impedendo l'arresto del procedimento a causa di mere irregolarità o incompletezze⁶; esigenza che va, però, temperata con il necessario rispetto del principio di autoresponsabilità dei concorrenti/partecipanti alla procedura, in forza

¹ Così P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva servizi (2006/123)*, Napoli, Jovene, 2008, 151.

² Così P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, in *Il Diritto dell'Economia*, III, 2017, 818.

³ F.M. CIARALLI, *Il nuovo soccorso istruttorio: una ricostruzione sistematica*, in www.italiappalti.it, 2017, secondo il quale il principio del giusto procedimento “*impone all'Amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara*”; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio in Digesto Discipline Pubblicistiche - Settimo aggiornamento*, Milano, Utet Giuridica, 2017, 670 ss. che riconduce tale assunto alla teoria della cosiddetta amministrazione condivisa, diretta a perseguire l'interesse pubblico generale attraverso la collaborazione attiva dei cittadini.

⁴ R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo, Tomo I-II, Edizione VI*, Padova, Cedam, 2016, Pag. 1236, secondo cui il soccorso istruttorio “*rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati*”.

⁵ S. CRESTA, L.POLITO, *Il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica*, in *Giurisprudenza Italiana* n. 11/2017, 2516 ss; sull'art. 6 l.n. 241/1990 si vedano M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M. A. SANULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 434 ss e P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 262 ss.; per un'ampia, più generale, riflessione circa la sussistenza di un dovere di soccorso dell'amministrazione nei confronti del cittadino, si veda E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁶ F. GAMBARELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016, 91.



del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione⁷.

Nell'ambito dei contratti pubblici, la *ratio* dell'istituto in parola consiste nel limitare le possibilità di esclusione degli operatori economici dalla gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione, ampliandone, dall'altro lato, le opportunità di competere all'aggiudicazione del contratto⁸.

In tale settore, inoltre, l'utilizzo dell'istituto in argomento agevola la "funzione pro-concorrenza" in quanto, attraverso tale utilizzo, la stazione appaltante può evitare l'esclusione dalla gara di un concorrente, aumentando così la competitività della procedura⁹, evitando che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, a discapito anche della stessa stazione appaltante che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili¹⁰. Così facendo, viene assicurato il rispetto del principio di economicità, che in dottrina è stato ritenuto "*un meta-principio di cui gli altri sono una esplicazione*"¹¹, che passa attraverso il divieto di trattare in modo difforme imprese che si trovino nella stessa condizione¹².

⁷ Cfr. Cons. Stato Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1236, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*In tema di soccorso istruttorio, le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale non possono tradursi in occasione di aggiustamento postumo, cioè in un espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando o per ovviare alle irregolarità non sanabili conseguenti alla negligente inosservanza di prescrizioni tassative imposte a tutti i concorrenti, pena la violazione del principio della par condicio. In particolare, nelle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lettera b), della L. n. 241 del 1990 non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati mediante il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti"; Cons. Stato Sez. IV, 20 febbraio 2019, n. 1180, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*Il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241/1990, nell'ambito del procedimento non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al partecipante obblighi di correttezza, specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede e dell'autoresponsabilità, che impongono a quest'ultimo di assolvere oneri minimi di cooperazione e di diligenza quali il dovere di compilare moduli e di presentare documenti secondo quanto indicato dall'Amministrazione*".*

⁸ R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, cit.

⁹ E. FURIAN, *Il soccorso istruttorio. Inquadramento generale e limiti al suo utilizzo*, in www.diritto.it, 2018.

¹⁰ Così T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 15 novembre 2018, n. 972, in pluris-cedam.utetgiuridica.it. Il principio è affermato da tempo dalla giurisprudenza comunitaria. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, in www.curia.europa.eu, secondo cui il coordinamento a livello europeo delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici ha come fine essenziale "*di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche*". Ne consegue che l'amministrazione è tenuta ad osservare "*il principio di parità di trattamento degli offerenti*", come pure l'"*obbligo di trasparenza*" al fine di garantire il rispetto del "*divieto di discriminazione in base alla nazionalità*".

¹¹ M. CAVINO, *Il codice dei contratti pubblici. Principi e ambito applicativo* in M. CAVINO, B. MAMELI, I. PAGANI (a cura di), *Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 10.

¹² Cfr. Corte di Giustizia Ce, 25 aprile 1996, n.87/94, in www.curia.europa.eu.



Nel nostro ordinamento, il soccorso istruttorio, dopo le diverse modifiche che lo hanno interessato e che verranno brevemente trattate *infra*, trova la sua attuale disciplina nell'art. 83, comma 9, del nuovo codice dei contratti pubblici, introdotto con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. correttivo)¹³.

Dal punto di vista concettuale, lo strumento del soccorso istruttorio rappresenta il punto di incontro, diversamente fissato nel corso degli anni, tra due opposti principi: da un lato, quello del *favor participationis*, secondo il quale, al fine di consentire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico¹⁴, sarebbe necessario ampliare la platea dei partecipanti alla procedura selettiva¹⁵; dall'altro lato, invece, il principio della *par condicio competitorum*, che ha di mira il mantenimento dell'uniformità delle regole per lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica e l'identica applicazione delle stesse nei confronti di tutti i concorrenti, così da evitare una difformità di trattamento tra imprese che si trovino nella stessa condizione¹⁶.

La giurisprudenza europea è giunta piuttosto presto a riconoscere equivalenza ai due principi, laddove ha affermato che è proprio consentendo la partecipazione a tutti coloro che possiedono i requisiti che viene assicurata la parità di condizioni tra gli operatori economici¹⁷. Tra i due principi, quindi, dal punto di vista del giudice di Lussemburgo, finisce per esserci una sorta di sovrapposizione, nella misura in cui è solamente attraverso una effettiva applicazione del principio della *par condicio* che è

¹³ Attualmente, l'art. 83, 9° co. del D.lgs. 50/2016 prevede che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"

¹⁴ Cfr. N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.igitalia.it*, V, 2013, 4, il quale rileva che la pubblica amministrazione ha un interesse, qualificato dall'Autore come "squisitamente pubblico", "alla più ampia partecipazione possibile alla gara per conseguire il più conveniente esito".

¹⁵ La Corte di Giustizia, in diverse occasioni ha affermato che "è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara di appalto". Cfr. Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, in *www.curia.europa.eu*.

¹⁶ Cfr. S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, (nota a C. St., sez. V, 27-3-2009, n. 1840), in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2009, 2346; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit. il quale segnala che entrambi i principi derivano dai principi comunitari di libera concorrenza; in particolare, il concetto di parità di trattamento si pone altresì in stretta e diretta relazione con quello di non discriminazione in base alla cittadinanza, il quale rappresenta il principio posto alla base della creazione stessa dell'Unione Europea; M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet, n. 6/2018, che sottolinea come il soccorso istruttorio sia un istituto che si colloca tra due opposte esigenze: "da un lato, quella di garantire la massima partecipazione agli appalti pubblici superando il formalismo esasperato che spesso li connota [...]; dall'altro, assicurare che ciò non vada a discapito del fondamentale principio di parità tra i partecipanti".

¹⁷ Cfr. S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, cit.



possibile assicurare la massima partecipazione alla gara. Segnatamente, il rispetto della parità di trattamento tra i diversi partecipanti, a livello comunitario, trae il proprio fondamento dal principio di non discriminazione in base alla cittadinanza, oltre che da *“criteri diversi, affinché sia possibile contrastare qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che conduca alle medesime conseguenze”*¹⁸, mentre il principio del *favor participationis* è l’espressione più diretta del principio di libera concorrenza. A livello nazionale, invece, l’applicazione del principio del *favor participationis* ha sofferto l’ostacolo rappresentato dal generale dovere di imparzialità della pubblica amministrazione previsto dall’art. 97 Cost. Da ciò, sono derivati profondi contrasti nella giurisprudenza e nella scienza giuridica: se per un primo orientamento sarebbe stato preferibile garantire l’imparzialità della pubblica amministrazione, in modo da rispettare il principio concorrenziale¹⁹, una differente opinione poneva al centro il *favor participationis*, con la conseguenza di limitare i casi di esclusione dalla gara e di favorire il più ampio confronto tra le imprese partecipanti: ne sarebbe conseguito un vantaggio per il pubblico interesse, riconducibile alla effettiva possibilità di scegliere il migliore²⁰. Ora, prima di affrontare le problematiche attuali concernenti l’istituto in argomento, al fine di un più corretto e completo inquadramento delle questioni, appare indispensabile ripercorrere, seppur sinteticamente, i diversi passaggi che hanno interessato lo strumento di cui si discorre.

2. Dalla prima formulazione al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006.

In materia di contratti pubblici, il soccorso istruttorio ha ricevuto una prima disciplina nell’art. 27 della dir. 71/305/CEE (recante il coordinamento per le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici). Introdotta al fine di agevolare l’effettiva realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi nel settore degli appalti, tale disposizione – recepita nell’art. 15 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 – stabiliva che, entro determinati limiti, l’amministrazione aggiudicatrice potesse invitare l’operatore economico a completare o a chiarire i certificati e i documenti presentati²¹.

¹⁸ Corte di Giustizia Ce, 17 settembre 2002, n.513/99, in www.curia.europa.eu; Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, cit. secondo cui l’amministrazione è tenuta ad osservare *“il principio di parità di trattamento degli offerenti”*, come pure l’*“obbligo di trasparenza”* al fine di garantire il rispetto del *“divieto di discriminazione in base alla nazionalità”*.

¹⁹ Si veda sul punto T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 26-11-2013 n. 1629, FA Tar, 2013, 11.

²⁰ S. MONZANI, *L’integrazione documentale nell’ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, cit. il quale osserva che *“Al fine di raggiungere siffatto scopo, è fondamentale che l’amministrazione eviti di arroccarsi su posizioni inutilmente formalistiche, dovendo procedere, viceversa, all’acquisizione più completa e precisa possibile degli elementi utili per decidere: è proprio in tale ordine di idee che si colloca la funzione fondamentale della partecipazione procedimentale, di cui l’istituto in commento costituisce nient’altro che una manifestazione”*.

²¹ Art. 27 Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971: *“Entro i limiti degli articoli da 23 a 26, l’amministrazione aggiudicatrice può invitare l’imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli”*.



Veniva così introdotta la possibilità per le pubbliche amministrazioni di chiedere ai partecipanti alla gara di regolarizzare le offerte non conformi al bando, fermo restando il rispetto della *par condicio* e del buon andamento della procedura.

Il legislatore comunitario, ispirato dall'obiettivo di garantire la libera prestazione di servizi, la libertà di stabilimento delle imprese e la libera concorrenza, di riflesso garantiva, in tal modo, lo stesso interesse della stazione appaltante alla conclusione del contratto con il miglior offerente. Di conseguenza, la *ratio* delle direttive europee risiede nella possibilità di garantire che la pubblica amministrazione compia la scelta per essa più efficiente mediante l'apertura del mercato, evitando così che questo possa subire delle alterazioni a causa della natura pubblica della committente²². In definitiva, a livello europeo, è il principio della concorrenza ad ispirare il diritto dei contratti.

Successivamente, una serie di norme di derivazione comunitaria²³, con disposizioni di contenuto sostanzialmente analogo, hanno previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti di integrare o chiarire la documentazione di gara presentata. Il legislatore nazionale ha recepito le direttive che contenevano tali disposizioni con alcune differenze testuali, facendo espresso riferimento, a differenza di quanto fatto dal legislatore europeo, oltre alla possibilità di chiarire la documentazione e le certificazioni, anche alla possibilità di integrare e spiegare il contenuto delle dichiarazioni presentate²⁴.

In linea di continuità con la disciplina precedentemente stabilita dalla normativa europea, sempre su impulso comunitario e in recepimento dell'art. 51 della dir. 2004/18/CE, la disciplina del soccorso istruttorio ha trovato la propria fonte nell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale stabiliva che "*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*", ricalcando sostanzialmente il modello già previsto dalla citata dir. com. n. 71/305/CEE e lasciando in tal modo ampio spazio all'interpretazione giurisprudenziale, inizialmente orientata a privilegiare una lettura restrittiva della disposizione, considerando quello che veniva riconosciuto alla stazione appaltante un potere eccezionale²⁵. Come osservato in dottrina, infatti, l'art. 46 del Codice dei contratti pubblici aveva sostanzialmente trasformato una previsione avente natura di principio

²² M.A. SANDULLI, *L'oggetto, le fonti interne di disciplina e i principi*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 5 e ss.

²³ A questo riguardo, si Veda l'art. 34 della direttiva 92/50/CEE (in materia di appalti pubblici di servizi) - recepita dal legislatore nazionale con l'art. 16 del d.lgs. n. 157 del 1995 - secondo il quale "*Nei limiti di quanto disposto dagli articoli da 29 e 32, le amministrazioni possono invitare i prestatori di servizi a integrare o chiarire i certificati ed i documenti presentati*"; dello stesso tenore sono l'art. 28 della direttiva 93/37/CEE (in materia di appalti pubblici di lavori) e l'art. 34 della direttiva 93/36/CEE (in materia di appalti pubblici di forniture).

²⁴ M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, cit. 1594.

²⁵ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, 433 ss.



generale, contenuta nella direttiva comunitaria – che esplicitamente consentiva l'integrazione documentale²⁶ – in un potere eccezionale della stazione appaltante²⁷.

La norma, precisamente, – dato l'inciso "nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45" – imponeva all'amministrazione di attivarsi solo per invitare i concorrenti al completamento o al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni già "presentati" in relazione al possesso di requisiti di ordine generale e speciale; questo, però, a condizione che essi fossero stati consegnati con anomalie non pienamente intelleggibili o senza il rispetto dei requisiti formali. Si imponeva, difatti, un rigido rispetto della differenza tra la possibilità di regolarizzare la documentazione di gara e quella di integrarla²⁸.

Segnatamente, secondo un primo orientamento strettamente letterale dell'art. 46, comma 1, la stazione appaltante non aveva l'obbligo di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita, ma solo una facoltà discrezionale di rivolgere detto invito. Ciò, a condizione che non si ritenesse violato il principio di parità di trattamento²⁹. Ne conseguiva che il mancato esercizio di tale facoltà non era sindacabile in ambito giurisdizionale, fatto salvo il limite dell'abnormità.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, in applicazione del principio di massima partecipazione, la stazione appaltante aveva un vero e proprio dovere di consentire il

²⁶ L'articolo 51 della dir. 2004/18/CE prevedeva che "L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50".

²⁷ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 433.

²⁸ Sul punto, si Veda S. USAI, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, X, 2015, 1082, il quale rilevava che "Si è in presenza, pertanto, di una fattispecie di soccorso istruttorio, del tutto omologa ai precedenti normativi in materia, di tipo, si potrebbe dire, conservativo diretto a consentire l'intervento del RUP della stazione appaltante solamente nei confronti di documenti/dichiarazioni comunque già acquisiti al procedimento amministrativo di aggiudicazione dell'appalto da contenersi nei limiti di un semplice chiarimento/specificazione e completamento". Sul punto, l'autore richiama Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 278/2015, laddove è stato affermato che "per meglio definire il perimetro del 'soccorso istruttorio' è necessario distinguere tra i concetti di 'regolarizzazione documentale' ed 'integrazione documentale': la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del 'soccorso istruttorio' è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del 'potere di soccorso'; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi".

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 23-5-2011, n. 3077



soccorso istruttorio ai concorrenti³⁰, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo di un sindacato pieno rispetto all'illegitimo esercizio dello stesso³¹.

Così, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato la distinzione fra due diversi concetti: 1) quello di regolarizzazione documentale³², intesa come completamento del contenuto parzialmente carente di atti tempestivamente depositati ed aventi ad oggetto i soli requisiti soggettivi dei partecipanti, e non quelli relativi all'offerta e, quindi, consentita dall'ordinamento; 2) quello di integrazione documentale³³, diretta a sanare una totale omissione documentale o a concretizzarsi in un'integrazione postuma dell'offerta e, pertanto, non consentita³⁴.

In pratica, sulla base di principi che si ritroveranno nell'attuale disciplina, l'applicazione del soccorso istruttorio non poteva portare ad una modifica dell'offerta, ma poteva riguardare solo documenti già presentati³⁵ entro il termine perentorio individuato dal bando per la presentazione delle offerte, pena la lesione della *par condicio*³⁶.

Occorre, però, rilevare che secondo le disposizioni allora vigenti, le stazioni appaltanti – con il limite del rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità – potevano inserire nel bando clausole escludenti ulteriori rispetto a quelle previste per legge o per regolamento. Pertanto, l'esclusione poteva derivare automaticamente dal bando, senza che venisse consentita alcuna regolarizzazione documentale al partecipante,

³⁰ Cfr. E. M. BARBIERI, *Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche* (nota a Consiglio di Stato, Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10; Consiglio di Stato, Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; Consiglio di Stato, Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23), in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2014, 2, secondo il quale il dovere per la stazione appaltante di consentire l'integrazione documentale troverebbe origine non nell'art. 46, 1 comma del Codice, quanto piuttosto nel generale obbligo di rispetto del principio di correttezza e buona fede, che costituirebbe "la matrice fondamentale" della citata disposizione; sempre nel senso di considerare il soccorso istruttorio come un vero e proprio dovere per le stazioni appaltanti si veda B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2011, 1193 ss.

³¹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 febbraio 2007, n. 281, T.A.R. Sardegna, 9 ottobre 2009, n. 1537.

³² M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit. il quale rileva che veniva ritenuta regolarizzazione solo quella che permetteva al candidato di "rimediare a vizi ed errori del documento richiesto già esibito, senza effetti modificativi sui requisiti cui il documento si riferiva, poiché ne attestava comunque il possesso entro il termine indicato dalla normativa".

³³ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit., che sottolinea come configurava un'integrazione postuma la presentazione del documento necessario in una fase successiva a quella imposta o la revisione sostanziale del suo contenuto.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 3541, secondo cui "il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni «che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara» (ai sensi degli artt. 46, comma 1-ter, e 38 comma 2-bis, del d.lgs. 163 del 2006), e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle «prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento» (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006), in quanto priva di un elemento essenziale, poiché proveniente da soggetto sfornito della prescritta qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici"; nello stesso senso, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4975.

³⁵ Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280, in giustiziaamministrativa.it.

³⁶ Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 694, in giustiziaamministrativa.it.



fatta eccezione per i casi di predisposizione da parte della stazione appaltante di clausole ambigue o equivocate e di modulistica errata. In tali ipotesi, il soccorso istruttorio era considerato legittimo anche in caso di violazione delle prescrizioni fornite dal bando, attesa la necessaria tutela dell'affidamento del partecipante alla gara, indotto in errore dalla stessa amministrazione³⁷, anche se, perché la stazione appaltante si potesse considerare obbligata ad intervenire, era necessario ricondurre la clausola ambigua o equivoca all'interno della categoria delle clausole non essenziali.

Alla stazione appaltante, quindi, si riconosceva di fatto il potere di introdurre nel bando ulteriori prescrizioni formali o documentali a pena di esclusione, ulteriori e differenti rispetto a quelle contemplate dal codice, dal regolamento e dalle leggi speciali³⁸.

Si riteneva, in particolare, che alla base di tale illimitata facoltà ci fosse la necessità di perseguire l'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare, attraverso l'individuazione delle misure ritenute nella singola fattispecie più opportune e funzionali a garantire l'identificazione del "miglior contraente possibile" quale soggetto maggiormente qualificato³⁹.

3. Le modifiche al codice del 2006: il d.l. 13 maggio 2011, n. 70. Il principio della tassatività delle cause di esclusione.

La situazione appena descritta comportava che l'amministrazione avesse la potestà di escludere il partecipante alla gara in assenza di qualsiasi contraddittorio e prescindendo, quindi, dalla valutazione della ragionevolezza delle clausole e della

³⁷ Cons. Stato, Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; Cons. Stato, Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23; Sul punto si veda M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2013, 523, secondo il quale "l'eccesso di regolamentazione, la mutevolezza e la disorganicità della disciplina sugli appalti vanno ovviamente a tutto discapito della chiarezza e della conseguente piana attuazione da parte degli operatori pratici".

³⁸ Sul punto, sono numerosi i contributi, cui è possibile rinviare. Si veda, G. D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, fasc. 2, 2010; R. DE NICTOLIS, C. ALTAVISTA, *Le offerte, le varianti in sede di offerta, le garanzie dell'offerta*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 2079 e ss.; M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, cit. pag. 1593 e ss.; G. GIOFFRÉ, *Le clausole del bando di gara - vero campo minato* in *www.Altalex.com*, 2009; P. LAZZARA, *Commento agli artt. 73-74*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, IPSOA, 2013, pag. 1021 e ss.;

³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387, in *Foro amm. CDS* 2006, 3, 872, secondo cui "L'amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge; infatti le previsioni indicate nella disposizione di cui all'art. 17 d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, si limitano a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare. Detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 cost., e si sostanzia quindi nel potere-dovere assegnato all'amministrazione di apprestare gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui ed efficienti ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.". Si vedano altresì Consiglio di Stato, sez. IV, 9 maggio 2006, n. 2567; Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377.



gravità e rilevanza della violazione. Le stazioni appaltanti, infatti, erano solite esigere un rigido rispetto delle formalità imposte dal bando per la presentazione delle offerte, sanzionando con l'esclusione dalla gara il concorrente che si fosse reso inadempiente alle prescrizioni del bando anche in caso di carenze modeste nella documentazione presentata ai fini della partecipazione⁴⁰.

Dal sistema appena descritto derivava un enorme contenzioso, sostanzialmente riconducibile a due categorie: da un lato quello attinente alla *“violazione di previsioni di norme non espressamente corredate dal legislatore dalla sanzione dell'estromissione dalla gara, con la propensione a ritenere legittime le esclusioni alla luce dell'importanza accordata alla norma volta a volta violata”* e, dall'altro, *“esclusioni disposte direttamente dalla stazione appaltante, per violazioni varie delle regole di gara, corredate o meno che fossero da una clausola di esclusione espressa nella lex specialis”*⁴¹.

Pertanto, al fine di ridurre le ipotesi formali di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, ha inserito nel codice degli appalti il comma 1 bis dell'art. 46, a mente del quale *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

In tal modo, il legislatore ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione, in forza del quale, riducendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti di fissare previsioni diverse rispetto a quelle previste dalla legge e moderando i formalismi propri delle procedure di appalto, sembrava voler ampliare l'ambito di operatività del soccorso istruttorio⁴², evitando così esclusioni meramente formali, costituendo causa di esclusione soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge⁴³. Al medesimo fine, lo stesso decreto ha introdotto bandi tipo da cui le amministrazioni aggiudicatrici potevano discostarsi solo in presenza di congrua motivazione, eliminando, in tal modo, la funzione fino a quel momento svolta dalle stazioni appaltanti, alle quali veniva precluso di disciplinare ulteriori fattispecie

⁴⁰ G. GARDINI, L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Rimini, Maggioli Editore, 2013, 387.

⁴¹ B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, Foro Amm., fasc. 3, 2013.

⁴² A. VORRARO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, www.deiustitia.it, 2017.

⁴³ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234.



espulsive oltre quelle stabilite dalla legge⁴⁴. Così facendo, la disposizione ha codificato i principi, di elaborazione giurisprudenziale, di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica, di massima partecipazione alle gare di appalto e di interpretazione in quest'ottica delle clausole ambigue del bando di gara⁴⁵.

Tuttavia, la formulazione del comma 1 bis dell'art. 46 ha, da subito, fatto sorgere dei dubbi ermeneutici, che avevano portato la scienza giuridica ad accogliere con un certo scetticismo tale riforma⁴⁶. Non era chiaro, infatti, se la disposizione dovesse essere interpretata in maniera letterale, ritenendo legittima l'esclusione dell'operatore economico solamente in presenza delle cause in esso esplicitate, oppure se estendere la sua portata applicativa, in modo da considerare legittima l'esclusione anche in presenza di altri vizi espressamente sanzionati da ulteriori norme a pena di esclusione⁴⁷.

Invero, come rilevato in dottrina, tale intervento legislativo pagava il prezzo di aver voluto introdurre il principio di tassatività, senza, tuttavia, accompagnarlo con una più generale riforma dell'impianto del codice del 2006, oltre al fatto che l'intervento non presentava una rigida elencazione di fattispecie, ma clausole aperte di fattispecie escludenti (meno aderenti al tradizionale concetto di tassatività)⁴⁸.

Come ritenuto da una parte della dottrina⁴⁹, la norma, nel prescrivere che è possibile escludere i partecipanti solamente in caso di inosservanza di quanto statuito dal codice, dal regolamento e da "altre disposizioni di legge vigenti", sembrava escludere il potere della stazione appaltante di introdurre clausole personalizzate a pena di esclusione recanti requisiti ulteriori e maggiormente stringenti con riferimento alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei partecipanti⁵⁰. Al contrario, secondo una differente interpretazione giurisprudenziale, l'ambito di applicazione del divieto contenuto nella nuova disposizione doveva essere limitato, privilegiando,

⁴⁴ R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante* (nota a T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n.1376) in *Urbanistica e Appalti*, II, 2012, 98.

⁴⁵ R. DE NICTOLIS in R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 735.

⁴⁶ La scienza giuridica era scettica in ordine alla possibilità di realizzare, attraverso la riforma, gli obiettivi che il legislatore si era posto. Si veda, in particolare, F.A. GIORDANENGO, *Sul principio di tassatività delle clausole di esclusione*, in *Appalti & Contratti*, 2012, 66, secondo cui la sensazione è che "la norma in questione non sia idonea a raggiungere lo scopo in funzione del quale il legislatore ha deciso di introdurla, eliminare l'incertezza".

⁴⁷ M. ALESIO, *Tassatività delle cause di esclusione: i primi interventi giurisprudenziali*, in *La Gazzetta degli Enti Locali* 12/10/2011.

⁴⁸ B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione*, cit..

⁴⁹ C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011)*, in *daitformazione.interno.it*.

⁵⁰ C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011)*, in *daitformazione.interno.it*, secondo il quale "i requisiti ex lege di cui agli artt. 38-42 del D. Lgs. n. 163/2006, sono oggi da intendere, non più alla stregua di requisiti minimi di partecipazione - come sostenuto dalla giurisprudenza non solo interna ma anche comunitaria- ma come gli unici e sufficienti per la partecipazione, senza che possa più configurarsi alcuna loro legittima - proporzionata, non discriminatoria e ragionevole - integrazione ad opera della p.a".



quindi, un'interpretazione letterale della norma, che si riferiva alle "prescrizioni" del bando, e non ai "requisiti"⁵¹. Secondo questa impostazione, la novella legislativa non sembrava poter impedire alle amministrazioni di chiedere agli operatori economici di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria attraverso requisiti di partecipazione più specifici e rigorosi rispetto a quelli già previsti dal legislatore, a condizione che essi non risultassero eccessivi rispetto all'oggetto della gara, e violativi del principio di proporzionalità.

Di fatto, quindi, è possibile affermare che permanevano, anche dopo l'intervento in commento, i problemi interpretativi nella concreta individuazione di quali violazioni del Codice fossero sanzionabili a pena di esclusione e quali, invece, no.

In un primo momento, la giurisprudenza, al fine di salvaguardare la *ratio* sottesa all'intervento legislativo e di perseguire l'interesse pubblico alla conclusione del contratto con il migliore offerente, ha cercato di limitare l'imposizione di vincoli meramente formali, evitando così l'esclusione di un partecipante per vizi di natura esclusivamente formale⁵². Si riteneva, difatti, che la norma dovesse essere interpretata nell'ottica del divieto di aggravio del procedimento con oneri formali e di "dequotazione" dei vizi formali⁵³.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9, contrariamente a quanto sostenuto dall'organo remittente⁵⁴, nell'affermare che il principio di tassatività permette di ritenere legittime quelle clausole dei bandi che prevedono *"adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali"*, in adesione al precedente orientamento restrittivo, ha negato che il principio di tassatività delle cause di esclusione avesse ampliato l'area di intervento del soccorso istruttorio, ritenendo preminente il rispetto

⁵¹ Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, ordinanza 14 settembre 2011, n. 3932 per il quale: "l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. 163/2006 (che riguarda le irregolarità formali dell'offerta) non appare interdire la facoltà della stazione appaltante di richiedere alle imprese partecipanti requisiti specifici e rigorosi a comprova della capacità tecnica, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara [...]. In ogni caso il sopravvenuto d.l. 13.11.2011, n. 70 ha interdetto alle stazioni appaltanti d'introdurre nei propri bandi prescrizioni a pena di esclusione diverse e ulteriori rispetto a quelle stabilite dal codice dei contratti pubblici".

⁵² cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681, che nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria ha sostenuto la necessità perseguire l'obiettivo di ridurre gli adempimenti formali gravanti sulle imprese, affinché la stazione appaltante potesse comminare l'esclusione dalla gara soltanto nell'ipotesi in cui l'omissione di taluno dei previsti adempimenti pregiudicasse la scelta della migliore offerta dal punto di vista sostanziale

⁵³ G. VIRGA, *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in www.LexItalia.it.

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681, che aveva ritenuto di interpretare la disposizione nel senso di perseguire l'obiettivo di ridurre gli adempimenti formali gravanti sulle imprese, in modo che l'amministrazione potesse escludere il concorrente solo nel caso in cui l'omesso compimento di taluno dei previsti adempimenti non impedisse *"il raggiungimento del risultato avuto di mira"*, consistente nella scelta della migliore offerta dal punto di vista sostanziale.



del principio della *par condicio*, corrispondente ad un approccio maggiormente formalistico⁵⁵.

4. *Una seconda modifica al codice del 2006: l'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e l'introduzione del "soccorso istruttorio a pagamento".*

L'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 – convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114 –, modificando radicalmente, in senso ampliativo⁵⁶, l'ambito applicativo del soccorso istruttorio, ha introdotto nell'art. 38 del codice degli appalti il comma 2 bis, il quale – al fine di evitare esclusioni dovute a motivazioni meramente formali e, di conseguenza, di deflazionare il contenzioso in materia di appalti pubblici⁵⁷ – impediva alla stazione appaltante di disporre l'esclusione automatica nei casi di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale, obbligando l'amministrazione a fare ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, in modo da permettere ai partecipanti la regolarizzazione⁵⁸. Tuttavia, la prescritta

⁵⁵ F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* n. 6/2017, 745; Si veda anche R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti. La Plenaria n. 9/2014*, in *Urbanistica e appalti*, VI, 2014, 617.

⁵⁶ P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, 1293; in dottrina è stato osservato che è stata proprio tale riforma ad aver influito in maniera decisiva "sull'acquisita centralità dell'istituto in questione" (così P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit, 820).

⁵⁷ M. LIPARI, *L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 7/2014, il quale rileva che "una seria deflazione e accelerazione del contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici parte, in primo luogo, da una chiara semplificazione delle procedure sostanziali"; sul punto, M.A. SANDULLI, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2015, 4-5, a dimostrazione del fatto che gli ultimi interventi legislativi perseguono il fine comune di deflazione del contenzioso, ha rilevato che "Proprio nella materia dei contratti pubblici, in contraddizione con l'istituzione dell'ANAC e con l'attribuzione all'AGCM della legittimazione a ricorrere anche contro gli atti di gara a tutela della concorrenza, si scoraggia l'accesso alla g.a. da parte delle imprese illegittimamente pretermesse con l'imposizione di oneri economici insostenibili [...] si costringe la difesa in empi e spazi (pagine e battute) ridottissimi, si nega l'effetto soprassessorio e caducatorio del contratto alle pronunce che riscontrano vizi di aggiudicazione delle grandi opere".

⁵⁸ Il comma 2-bis dell'art. 38, introdotto dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, prevedeva in particolare che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"; sul punto, Si v. P. PATRITO, *Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta collettivamente ed impersonalmente*, in *Urbanistica e appalti* n. 8-9/2014, il quale rileva la volontà del legislatore nazionale di seguire "la strada del sostanzialismo, abbandonando quella del formalismo, in misura anche maggiore rispetto al diritto europeo dei contratti pubblici e alla sua giurisprudenza".



integrazione documentale era condizionata, a pena di esclusione, all'adempimento di essa entro un termine massimo di dieci giorni e al pagamento di una sanzione pecuniaria *"in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro"*, garantita dalla cauzione provvisoria⁵⁹.

Al contrario, non veniva prevista l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio e della sanzione per i casi di carenze o irregolarità non essenziali. In tali ipotesi, alla stazione appaltante veniva riconosciuta, infatti, la possibilità di correggere autonomamente la dichiarazione del concorrente.

Parallelamente, allo scopo di ridurre i formalismi nella fase di verifica della regolarità della documentazione amministrativa, lo stesso d.l. ha inserito, all'interno dell'art. 46 del codice, il comma 1 ter, il quale estendeva l'obbligo di regolarizzazione, oltre che alle omissioni e irregolarità riguardanti elementi generali, anche a *"ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara"*, determinando così l'inoperatività dell'immediata esclusione dalla gara.

La novità normativa introdotta dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, pertanto, ha determinato una netta distinzione tra le ipotesi di: 1) carenze essenziali, considerate sanabili, con applicazione della sanzione pecuniaria; 2) e quello delle carenze non essenziali, che non consentivano all'amministrazione di richiedere la regolarizzazione, né di escludere il partecipante.

Come rilevato però dall'Adunanza Plenaria nella sentenza del 30 luglio 2014, n. 16, nonostante la dichiarata volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, *"il lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative"* ha reso complicata la distinzione tra i concetti di lacune essenziali e di irregolarità non essenziali e la corretta individuazione dei casi di essenzialità delle mancanze, incompletezze e irregolarità e delle ipotesi di non essenzialità. Quindi, data l'assenza di un elenco tassativo delle clausole di esclusione o, quantomeno, di un criterio generale per la loro classificazione, la distinzione tra i concetti di carenze essenziali e non essenziali veniva rimessa alla giurisprudenza.

Così, al fine di delimitare i confini tra la nozione di essenzialità delle mancanze, incompletezze e irregolarità, per le quali era prevista l'integrazione ed il pagamento della sanzione da parte del concorrente, rispetto a quella di non essenzialità, che non prevedeva la richiesta di alcuna regolarizzazione, vennero utilizzate proprio le cause di esclusione tassative previste dal codice all'art. 46, comma 1-bis. Segnatamente, in applicazione del comma 1 bis dell'art. 46 del codice degli appalti, veniva considerato

⁵⁹ Sull'introduzione del c.d. "soccorso istruttorio a pagamento" si Veda G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 4/2014, 166, che criticamente segnalava come tale inserimento nel sistema degli appalti potesse dar vita ad un "mercato delle esclusioni".



essenziale ogni elemento previsto da tale norma la cui carenza fosse idonea a determinare l'esclusione dalla gara⁶⁰, portando con ciò all'esclusione dei concorrenti che non avessero adempiuto alle prescrizioni di legge o di regolamento, che avessero presentato offerte connotate da incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza, ovvero prive di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ed infine plichi non integri o affetti nella chiusura da irregolarità tali da far ragionevolmente ritenere che fosse violato il principio di segretezza delle offerte.

La Corte di Giustizia⁶¹ si è pronunciata sull'istituto del soccorso istruttorio come regolato dall'art. 38, c. 2-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ritenendo compatibile con il diritto dell'Unione europea il meccanismo appena descritto (ora, come si vedrà *infra*, abrogato), purché la sanzione prevista sia ispirata a un criterio di proporzionalità⁶². Più nel dettaglio, nell'occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che la previsione di una sanzione predeterminata in via discrezionale dall'amministrazione e non graduabile in relazione alla gravità dell'irregolarità commessa, di per sé non contrasta con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di massima partecipazione alle gare pubbliche e di concorrenza, a condizione che, come detto, venga rispettato il criterio della proporzionalità.

5. L'intervento dell'Anac: la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1.

L'impostazione maggioritaria, volta a ritenere immediata l'esclusione per le carenze contemplate nella seconda parte dell'art. 46, co. 1 bis, ossia tutte quelle relative all'offerta economica, è stata fatta propria anche dall'ANAC, che con la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1 ha chiarito la distinzione tra le fattispecie riconducibili alla *"mancanza, (...) incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive"* e le situazioni di *"irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili"*.

Tale determinazione ribadiva che il requisito sostanziale di partecipazione doveva essere necessariamente posseduto entro i termini di presentazione dell'offerta, con la conseguente impossibilità di utilizzare il soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza di un requisito dopo il termine perentorio fissato dal bando per la presentazione della domanda di partecipazione, come pure per sanare le carenze dell'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando.

⁶⁰ cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16; più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis, venivano esclusi i concorrenti che non avessero adempiuto alle prescrizioni di legge o di regolamento, che presentavano offerte connotate da incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza, ovvero prive di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ed infine plichi non integri o affetti nella chiusura da irregolarità tali da far ragionevolmente ritenere che fosse violato il principio di segretezza delle offerte.

⁶¹ Corte di Giustizia, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16 – M.A.T.I. SUD SpA c. Centostazioni SpA, in www.curia.europa.eu.

⁶² M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, cit.



Stando alla determinazione ANAC, inoltre, la nozione di irregolarità essenziale riguardava i casi di omissione, incompletezza e ogni altra irregolarità della dichiarazione, che non consentiva l'individuazione del soggetto e del contenuto della dichiarazione stessa, in linea con l'intenzione del legislatore di evitare che la generale sanabilità delle carenze e delle omissioni spingesse i partecipanti alle gare a produrre dichiarazioni incomplete.

Più in particolare, l'Autorità delineò tre distinte ipotesi di carenze essenziali: a) insussistenza della dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del codice; b) dichiarazione che sussiste ma che non è stata resa da parte o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individuava come titolari del requisito; c) dichiarazione che sussiste ma che non consente di comprendere se il requisito fosse posseduto o meno.

In merito all'art. 38, comma 2 bis ed al suo coordinamento con le altre norme di cui ai commi 1 e 1 bis dell'art. 46, recanti la disciplina delle cause tassative di esclusione, invece, la determinazione dell'ANAC illustrò due differenti fattispecie: le irregolarità sanabili e quelle non sanabili. In quest'ultima categoria, più nel dettaglio, secondo l'Autorità rientravano tutte quelle irregolarità, incompletezze ed omissioni che incidono sul contenuto, sulla segretezza o sulla provenienza dell'offerta, costituendo così una causa di esclusione ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis⁶³.

Secondo l'Autorità, poi, il comma 2-bis dell'art. 38 del Codice faceva riferimento ad altra categoria di irregolarità, ossia la "mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili" in ordine alla quali doveva ritenersi possibile per l'amministrazione procedere al soccorso istruttorio, senza l'applicazione di alcuna sanzione pecuniaria. In definitiva, accanto alle figure di irregolarità essenziali – sanabili e non sanabili – e irregolarità non essenziali (per le quali non era necessaria alcuna regolarizzazione né alcuna sanzione), veniva creato un *tertium genus* di irregolarità, relativo per lo più "ad ipotesi di completamento o chiarimento delle dichiarazioni e dei documenti presentati", in presenza delle quali la stazione appaltante avrebbe potuto richiedere la

⁶³ A titolo esemplificativo, nella determinazione, 8 gennaio 2015, n. 1, l'Autorità elencava tra le ipotesi di esclusione: "mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta; apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara; mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni; mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura; alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio dovrebbe, inoltre, considerarsi sanabile l'omessa indicazione relativa al contenuto delle buste se alla medesima si possa oviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessità di apertura; mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico esterno recante tutta la documentazione e più in generale la loro mancata separazione fisica. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto".



regolarizzazione senza applicare alcuna sanzione, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede⁶⁴. Ciò, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

Infine, veniva chiarito che se il concorrente avesse deciso di non avvalersi del soccorso istruttorio, non avrebbe ricevuto alcuna sanzione, dal momento che l'applicazione indiscriminata del regime sanzionatorio avrebbe determinato la violazione del principio di parità di trattamento tra le imprese, in ragione delle loro condizioni economiche.

6. Il codice di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il soccorso istruttorio è stato nuovamente oggetto di modifica per mezzo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (emanato per l'attuazione delle dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), che ha interamente disciplinato l'istituto nell'art.83, comma 9, includendo in tale disposizione la precedente disorganica disciplina di cui artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1-ter d.lgs. 163/2006. La disposizione inizialmente introdotta dal nuovo codice dei contratti pubblici è stata poi oggetto di modifiche da parte del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante "Disposizioni integrative e correttive al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50").

La nuova disciplina ha apparentemente ampliato la sfera di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, stabilendo che *"le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma"*⁶⁵.

L'art. 83, comma 9, nel testo precedente alle modifiche del 2017⁶⁶, sulla scorta di quanto indicato dall'ANAC – con riferimento alla precedente disciplina – con la

⁶⁴ L'autorità faceva riferimento, ad esempio, *"alla richiesta dell'indicazione della posizione Inps, Inail, Cassa edile, ai fini della verifica della regolarità contributiva, o all'indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale; si pensi, inoltre, all'esatta indicazione dell'indirizzo dell'agenzia delle entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, ecc."*

⁶⁵ Cons. giust. amm. Sicilia, 5 novembre 2018, n. 701, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: *"L'art. 83 ("Criteri di selezione e soccorso istruttorio") del D.Lgs. n. 50/2016 è di latitudine tale da far rientrare nell'ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46, D.Lgs. n. 163 del 2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata"*.

⁶⁶ Nel testo precedente alle modifiche apportato con il cd Decreto correttivo, l'art. 83, comma 9 d.lgs. 50/2016, recitava: *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione"*



determinazione n. 1/2015, prevedeva tre differenti categorie relative al soccorso istruttorio: a) la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo⁶⁷ (sanabili con onerosità); b) le irregolarità formali ovvero la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali (sanabili senza onerosità); c) la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica, nonché le carenze della documentazione che non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (non sanabili).

Con particolare riferimento ai casi di carenze, incompletezze o altre irregolarità essenziali, quindi, inizialmente la norma prevedeva la necessità di attivare la procedura di soccorso istruttorio, assegnando al partecipante un termine non superiore a dieci giorni per regolarizzare le dichiarazioni necessarie a pena di esclusione, con l'applicazione della sanzione pecuniaria, della quale veniva ridotto il massimo edittale in precedenza stabilito dal comma 2 bis dell'art. 38 (da euro 50.000 a euro 5.000)⁶⁸ e previsto il pagamento "esclusivamente in caso di regolarizzazione"⁶⁹.

La prima formulazione della disposizione in esame, dunque, non aveva recepito le indicazioni ricevute con la legge delega, che affidava al legislatore delegato il compito di introdurre la possibilità di integrare la documentazione mancante o irregolare attraverso la procedura del soccorso istruttorio non oneroso⁷⁰.

Inoltre, la formulazione precedente al correttivo prevedeva anche una sostanziale differenza rispetto al codice del 2006, concernente l'applicazione del soccorso istruttorio anche alle ipotesi di irregolarità non essenziali, con riferimento alle quali il vecchio codice non richiedeva alcuna regolarizzazione⁷¹. La disposizione, senza

con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

⁶⁷ L'art. 85 del nuovo codice dei contratti pubblici disciplina il documento di gara unico europeo, che consiste in un'autodichiarazione formale da parte dell'operatore economico di non trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 80, di soddisfare i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83 e di soddisfare gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91.

⁶⁸ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit., il quale rileva che "A differenza della precedente normativa, basata sulla distinzione tra ciò che poteva essere oggetto di regolarizzazione tramite soccorso istruttorio, ossia le irregolarità essenziali, e quello che non lo richiedeva, riconducibili alle irregolarità non essenziali, con il nuovo dettato normativo il profilo differenziale tra queste due fattispecie attecchiva prevalentemente ai fini della onerosità o meno della regolarizzazione, in quanto entrambe risultavano assoggettate al soccorso a pena di esclusione".

⁶⁹ Con riferimento alla precedente disciplina era sorto un contrasto circa l'applicabilità della sanzione anche nei casi in cui il partecipante avesse deciso di non avvalersi della procedura, ben descritto da P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit., 830 ss.

⁷⁰ D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, in *Urbanistica e appalti*, IV, 2018, 505. cfr. T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 436 segg.

⁷¹ Sul punto, si veda R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, V, 2016, 515, secondo la quale in tale formulazione della disposizione "vi è meno garantismo della disciplina previgente, nella quale



chiarire la differenza tra le irregolarità “essenziali” e quelle “formali”⁷², prevedeva esplicitamente la necessità di attivare il soccorso istruttorio anche per tali ultime anomalie, laddove stabiliva che *“Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione”*, pur senza applicazione della sanzione. L’attivazione della procedura era prevista anche per le anomalie non essenziali a pena di esclusione dalla gara. L’art. 83, comma 9, infatti, nella parte in cui stabiliva che *“in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”*, si riferiva chiaramente alla procedura di sanatoria sia delle irregolarità essenziali che di quelle non essenziali. Una formulazione di questo genere, come rilevato in dottrina⁷³, non poteva che comportare dei dubbi di compatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione, in base al quale il potere-dovere dell’amministrazione di escludere il concorrente dalla gara presuppone la sussistenza, appunto, di fattispecie tipiche di esclusione. Ora, per questa ragione, dal momento che le irregolarità non essenziali non devono rientrare tra le fattispecie di esclusione tipiche, la previsione del soccorso istruttorio anche nelle ipotesi di irregolarità non essenziali cozza con lo stesso principio di tassatività⁷⁴: escludere un partecipante alla gara per non aver ottemperato alla regolarizzazione di una mancanza, che non costituirebbe di per sé causa di esclusione, determinerebbe una violazione di tutte le esigenze derivanti dal predetto principio, ponendosi in conflitto, quindi, con i principi di proporzionalità, imparzialità e non discriminazione delle procedure competitive⁷⁵.

per le irregolarità non essenziali si prescindeva dalla regolarizzazione, e dunque le stesse non potevano mai essere causa di esclusione”.

⁷² Sul punto, si veda S. FOÀ, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, XI, 2014, 1147, il quale rileva l’ampia discrezionalità che ne derivava in capo alla stazione appaltante; P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit., 828, che rileva come *“nel silenzio della legge, pare potersi ritenere che le c.d. “irregolarità formali” [...] equivalgano a quelle non essenziali di cui all’art. 39 del D.L. n. 90 del 2014 e che dunque vadano ricondotte a tale categoria di irregolarità tutte quelle in cui incorre il concorrente ogniqualvolta ometta di indicare nelle dichiarazioni rese talune informazioni che siano utili alla stazione appaltante per operare una “celere e sicura verifica del possesso dei requisiti i ordine generale in capo ai concorrenti”*”, mentre confessa le difficoltà di comprendere quali fossero le dichiarazioni essenziali.

⁷³ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit.

⁷⁴ Per quanto attiene alla tassatività delle clausole di esclusione, occorre rilevare che il principio è confermato dall’art. 83, 8° co., secondo cui *“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”*. Cfr. ad esempio T.A.R. Toscana, Sez. I, ord., 12 gennaio 2017, n. 24, che rileva che l’art. 83, comma 8, secondo e terzo periodo, del D.lgs. n. 50/2016 non sembra voler introdurre una disciplina innovativa del principio di tassatività delle clausole di esclusione già enunciato dall’art. 46, co 1-bis del D.lgs. 163/2006.

⁷⁵ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 12 aprile 2018, n. 752, che ha ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento alla violazione del termine perentorio di dieci giorni entro cui è stato posto in essere l’adempimento richiesto al concorrente con il soccorso istruttorio, ove si tratti di adempimento relativo ad una omissione inidonea, di per sé, a determinare l’esclusione automatica dalla gara.



7. Il correttivo al codice dei contratti pubblici.

Come si accennava, l'art. 83, comma 9 del d.lgs 50/2016 è stato interamente modificato dall'art. 52, comma 1, lett. d), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo). La nuova formulazione, maggiormente sintetica rispetto a quella precedente, a seguito di tale ultima modifica, stabilisce che *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

L'attuale formulazione, quindi, ha modificato, rispetto al testo precedente, due aspetti essenziali della disciplina. Da un lato, infatti, è stato ridefinito l'ambito di operatività del soccorso istruttorio e, dall'altro lato, è stato eliminato ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione.

Sotto il primo profilo, è opportunamente stata eliminata la precedente distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, prevedendo più semplicemente l'applicazione del soccorso istruttorio per *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”*, con la sola esclusione di quelle incidenti sull'offerta economica e tecnica. La precedente formulazione, infatti, aveva suscitato diversi dubbi in dottrina, che rilevava la futilità di richiedere adempimenti o dichiarazioni che poi, per ammissione dello stesso legislatore, venivano ritenute sostanzialmente irrilevanti⁷⁶.

Resta fermo, invece, quanto previsto riguardo alle irregolarità essenziali non sanabili (costituite dalle carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa), per le quali non è possibile la sanabilità attraverso la procedura del soccorso istruttorio.

Ne consegue che l'attuale formulazione della disposizione prevede che il soccorso istruttorio può essere applicato in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, mentre non potrà trovare applicazione per le irregolarità essenziali afferenti all'offerta e per le irregolarità essenziali, espressamente definite insanabili, costituite dalle carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

⁷⁶ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit., 829, il quale rileva come *“ogni dichiarazione che il concorrente è tenuto a rendere in base ad una norma di legge deve per sua natura ritenersi essenziale”*.



Sotto il secondo aspetto, come accennato, il legislatore ha eliminato il soccorso istruttorio a pagamento, principalmente al fine di armonizzare la disciplina nazionale con la normativa e la giurisprudenza comunitaria⁷⁷. Il decreto correttivo, poi, ha permesso di recepire le precedenti indicazioni del Consiglio di Stato che, nel suo parere n. 855/2016, aveva segnalato dubbi circa la conformità del comma 9 dell'art. 83 con la legge delega, ove erano previste solamente forme di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda⁷⁸.

Sebbene siano stati accolti i rilievi del Consiglio di Stato concernenti l'eliminazione del soccorso istruttorio oneroso, la nuova disposizione non ha tuttavia recepito tutte le indicazioni dell'organo consultivo. In particolare, non sono state accolte le indicazioni relative alla relazione intercorrente tra soccorso istruttorio e offerta tecnica ed economica. Nello specifico, anche nell'ultima formulazione non è stato eliminato il riferimento al divieto di applicazione del soccorso istruttorio per le carenze e le irregolarità inerenti l'offerta economica, con la conseguenza che viene radicalmente esclusa la possibilità di applicare il soccorso istruttorio con riferimento a tali ipotesi⁷⁹. Anche la nuova disciplina del soccorso istruttorio, infatti, confermando la precedente formulazione, contempla espressamente la fattispecie delle carenze e delle irregolarità non sanabili, facendo espreso riferimento a quelle riguardanti l'offerta tecnica ed

⁷⁷ D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, cit.; A. VORRARO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, cit., in cui l'autrice ricorda che "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 deriverebbe il divieto per gli Stati membri, in sede di recepimento delle Direttive comunitarie, di introdurre regole che comportino costi ed oneri aggiuntivi per le imprese e i cittadini rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario"; Si veda, poi, V. BONTEMPI, *I limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio c.d. a pagamento*, commento a Corte di Giustizia UE, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, sent., cause riunite C-523/16 e C-536/16, in *Giornale di diritto amministrativo*, IV, 2018, 478 ss.. Con la sentenza commentata, la Corte di giustizia aveva chiarito che la ratio del soccorso istruttorio c.d. a pagamento è perfettamente compatibile con il diritto europeo, purché se ne faccia una applicazione entro i limiti posti dai principi della par condicio tra i concorrenti e della proporzionalità. L'autore rileva che la sentenza del giudice europeo è intervenuto quando ormai il legislatore nazionale aveva già provveduto a rimuovere il carattere oneroso dell'istituto.

⁷⁸ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit.; D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, cit.

⁷⁹ Ciò, a differenza di quanto stabilito dall'art. 46, co. 1 bis del vecchio codice, che permetteva la regolarizzazione postuma dell'offerta, salvo che l'anomalia documentale determinasse un'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza di essa; cfr. Cons. Stato Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "Nell'ambito di una gara pubblica la disposizione di cui all'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016 esclude dal beneficio del soccorso istruttorio le carenze relative all'offerta tecnica presentata dall'operatore economico partecipante alla stessa"; Cons. Stato Sez. V, 04 febbraio 2019, n. 827, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "Nell'ambito di una gara pubblica l'offerta carente di un elemento essenziale e, dunque, incompleta determina l'esclusione dell'operatore economico dalla relativa procedura poiché non suscettibile di soccorso istruttorio"; T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 20 febbraio 2019, n. 254, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "Nell'ambito di una gara pubblica, l'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016, delimitando l'ambito di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, esclude che si possa fare ricorso allo stesso solo con riferimento all'offerta tecnica e a quella economica"; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 152, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, "Negli appalti pubblici, non è consentito all'amministrazione attraverso l'esercizio del potere di soccorsoistruttorio, l'integrazione dell'offerta economica (oltre che per quella tecnica) in quanto tale potere, previsto dall'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016, è espressamente escluso".



economica e a “le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”⁸⁰.

Ferma restando la riconosciuta prevalenza al principio del *favor participationis*⁸¹, inoltre, anche la nuova disposizione ribadisce, ancorché non espressamente, l’esclusione dell’applicazione del soccorso istruttorio nel caso in cui il concorrente non possieda i requisiti, non potendo dotarsi successivamente di un elemento di partecipazione non posseduto inizialmente⁸². Allo stesso modo non può trovare applicazione il soccorso istruttorio in caso di interruzione del possesso del requisito richiesto, dal momento che questo deve essere mantenuto per tutto lo svolgimento della procedura e nel corso dell’esecuzione del contratto⁸³.

Strettamente connesse al principio dell’inutilizzabilità del soccorso istruttorio, a pena della violazione della *par condicio*, per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione dell’offerta/domanda, sono le fattispecie che riguardano la possibilità di applicare il soccorso istruttorio all’avvalimento. Nel regime del precedente codice veniva ritenuta illegittima una disposizione del bando di gara che consentiva il beneficio del soccorso istruttorio a fronte di violazioni della normativa in tema di requisiti del contratto di avvalimento e, in particolare, di eventuali lacune di detta specie di contratti, per violazione del combinato disposto dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006⁸⁴.

⁸⁰ T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 07 febbraio 2019, n. 206: “L’art. 83, 9 comma del D.Lgs. n. 50/2016 limita l’operatività dell’istituto del soccorso istruttorio alla mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, escludendo quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, conseguentemente è da escludersi la sanabilità delle carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto dell’offerta”.

⁸¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, 6 novembre 2017, n. 11031, secondo cui nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici e di *par condicio* è ormai il primo a essere considerato prevalente, alla luce del disposto dell’art. 83, d.lgs. 50/2016, che consente sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali – *rectius*, la mancanza di elementi essenziali -, purché non riguardino l’offerta tecnica ed economica, ovvero non consentano l’individuazione del contenuto dell’offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della stazione appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l’offerta va esclusa.

⁸² Cons. Stato Sez. III, 14/01/2019, n. 348, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, “Nelle gare pubbliche, affinché possa ritenersi attivabile l’invocato soccorso istruttorio, è a carico della concorrente nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell’onere probatorio ai sensi dell’art. 2697 c.c.e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova, provare che il requisito sussista e che si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa”; Cons. Stato Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: “Il soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l’integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all’offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte”; Corte di Giustizia, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16 – MA.T.I. SUD SpA c. Centostazioni SpA, cit. ove è stato ribadito che e i dati relativi a un’offerta possono essere “corretti o completati su singoli punti, in particolare ove necessitassero evidentemente di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti”, a condizione che tali regolarizzazioni non conducano, di fatto, alla “presentazione, da parte dell’offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta”.

⁸³ C. St., ad. plen., 20-7-2015, n. 8.

⁸⁴ Cons. Stato Sez. V, 26 novembre 2018, n. 6693, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

Anche in base alla vigente disciplina, la più recente giurisprudenza rinsalda tale approccio, laddove conferma che le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti necessari per consentire la partecipazione alla gara essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume⁸⁵.

8. Esame casistico. Le problematiche ancora aperte.

Da quanto sopra descritto risulta evidente che l'art. 83, comma 9, del Codice, ha tentato di fissare in linea generale e astratta i criteri con i quali valutare, nella singola fattispecie, l'applicabilità o meno del soccorso istruttorio, che oggi, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti⁸⁶, non rappresenta più per le amministrazioni aggiudicatrici una semplice facoltà o un potere eventuale⁸⁷. Tuttavia, nonostante i ripetuti interventi del Legislatore, le determinazioni e i pareri dell'A.N.AC. e le numerose pronunce giurisprudenziali, l'area di applicazione dell'istituto in esame – quantomeno con riferimento ad alcune particolari fattispecie – continua a rimanere alquanto incerto. Anche a seguito dell'ultimo intervento appena descritto, infatti, l'applicazione del soccorso istruttorio continua a presentare alcuni problemi interpretativi sotto diversi profili, le cui soluzioni ancora una volta, come evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, dovranno essere cercate in sede giurisprudenziale⁸⁸. Di seguito, pertanto, si cercherà di illustrare le fattispecie che ancora oggi meritano attenzione.

8.1. Mancata sottoscrizione dell'offerta.

Innanzitutto, permangono le perplessità sollevate in passato sul reale ambito applicativo della norma, con specifico riferimento al problema concernente la

⁸⁵ Cons. Stato Sez. V, 6 ottobre 2018, n. 5750, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 18 gennaio 2019, n. 54, in pluris-cedam.utetgiuridica.it. T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 14 febbraio 2019, n. 250, in pluris-cedam.utetgiuridica.it. Sull'argomento dell'applicabilità del soccorso istruttorio all'avvalimento A. NICODEMO, *La querelle, non sopita, sui contenuti del contratto di avvalimento e l'inammissibilità del (relativo) soccorso istruttorio. Commento a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5341*, in *Urbanistica e appalti*, VI, 2018.

⁸⁶ P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale, dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia)*, nota a Corte Di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13, in *Urbanistica e Appalti*, II, 2015, il quale rileva, ad esempio, che in Francia, a fronte di una richiesta di regolarizzazione, l'amministrazione ha una facoltà e non un obbligo di esercitare il potere di soccorso.

⁸⁷ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit. Cfr. Cons. Stato Sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392, in giustiziaamministrativa.it, secondo cui deve ritenersi superato l'orientamento secondo il quale l'esercizio "della facoltà dell'Amministrazione di invitare le concorrenti a completare o chiarire i documenti presentati [...] rappresenti una scelta discrezionale e non un obbligo", in N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 7.

⁸⁸ Cons. Stato, parere 30 marzo 2017, n. 782, ove l'Organo consultivo ha affermato che "La ridefinizione dell'ambito di applicazione del soccorso istruttorio prevista dallo schema non risulta pienamente convincente, ancorché quella attualmente vigente presenti, a sua volta, molti profili di incertezza. Ma poiché, allo stato, sembra difficile individuare una formulazione in grado di considerare le diverse fattispecie prospettabili, è preferibile l'opzione zero", lasciando nella sostanza intatta l'attuale formulazione: i residui dubbi potranno essere sciolti attraverso le prassi operative e l'interpretazione della giurisprudenza".

sottoscrizione delle offerte. In particolare, ci si chiede se sia legittimo e proporzionale un provvedimento di esclusione nel caso in cui possa comunque essere chiaramente identificato il concorrente che abbia presentato domanda di partecipazione, senza tuttavia sottoscriverne le offerte.

Più nel dettaglio, nonostante il divieto di applicazione del soccorso istruttorio alle offerte, sembrava comunque doversi consentire la regolarizzazione di alcuni aspetti meramente formali di quest'ultime, come ad esempio in caso di sottoscrizione presente ma non leggibile, che non può legittimare l'esclusione dalla gare se il responsabile è facilmente individuabile⁸⁹.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha auspicato allora l'inserimento, nell'art. 83, comma 9, della seguente specificazione: *"le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma"*, in modo da ricomprendere nell'area di applicazione del soccorso istruttorio, secondo una lettura sostanzialistica dell'istituto, anche la fattispecie della mancata sottoscrizione dell'offerta, in quanto non riconducibile a valutazioni di merito di essa, ma ad aspetti meramente documentali.

Tuttavia, la chiara decisione legislativa di non recepire il suggerimento del Consiglio di Stato di limitare il divieto di applicazione del soccorso istruttorio alle sole valutazioni di merito delle offerte sembra dimostrare l'intenzione di tenere ferma un'applicazione rigida delle cause di esclusione e della non sanabilità degli aspetti afferenti l'offerta tecnica ed economica. D'altro canto, però, la scelta legislativa di escludere espressamente dalla possibilità di sanatoria le sole irregolarità essenziali riguardanti l'offerta, potrebbe far pensare alla possibilità di ammettere implicitamente la regolarizzazione di quelle non essenziali⁹⁰. Secondo tale lettura, sarebbe riconosciuta la possibilità di chiedere chiarimenti, naturalmente non additivi o modificativi, ma meramente formali, sulle offerte⁹¹.

⁸⁹ Cons. Stato., sez. V, 15 dicembre 2016, n. 5317; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 9 novembre 2016, n. 11092, ove è stato sottolineato che *"la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica, che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara, non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso posto che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta contenuta nello stesso, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà"*.

⁹⁰ Cfr. M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, cit., laddove rileva che *"anche con riguardo all'offerta tecnica o economica, sono comunque sanabili le irregolarità solo formali. In tal senso sembra deporre oggi il dato legislativo, laddove distingue le "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" dalle "irregolarità essenziali", prevedendo appunto che solo queste ultime, ove attinenti all'offerta, non siano sanabili"*.

⁹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2016, n. 1318, che ha escluso l'applicabilità del soccorso istruttorio se preordinata ad ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica, che determinerebbero inammissibili mutamenti postumi della stessa.



Non manca, infatti, la giurisprudenza che ammette la sanabilità di questo genere di irregolarità, poiché *“la mera incompletezza della sottoscrizione non preclude la riconoscibilità della provenienza dell’offerta e non comporta un’incertezza assoluta sulla stessa, il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l’immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva”*⁹².

Già sotto tale aspetto, quindi, emerge un primo esempio che dimostra come il legislatore avrebbe potuto fornire un contributo più preciso nella definizione dei limiti di operatività del soccorso istruttorio.

8.2. Costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendali.

Oggetto di dibattito è tuttora la questione dell’ammissibilità del soccorso istruttorio nell’ipotesi di omessa indicazione dei costi della manodopera e dei c.d. oneri di sicurezza nell’offerta economica⁹³ – tema di rilevanza costituzionale⁹⁴, oltre che comunitaria⁹⁵ –, questione che sembrava superata a seguito dell’introduzione del nuovo codice⁹⁶, ma che continua a dar vita a contrasti⁹⁷.

⁹² T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 22 gennaio 2019, n. 34, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui *“Anche nelle gare pubbliche, alla stregua dei principi caratterizzanti il procedimento amministrativo di selezione pubblica, il difetto parziale di sottoscrizione deve considerarsi suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio e, come tale, non costituisce causa di immediata esclusione del concorrente interessato [...]Nelle gare di appalto pubblico, la mera incompletezza della sottoscrizione non preclude la riconoscibilità della provenienza dell’offerta e non comporta un’incertezza assoluta sulla stessa, il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l’immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva”*.

⁹³ Per una approfondita analisi del tema si rimanda a M.BALDI, *I costi di sicurezza aziendali tra eterointegrazione e tutela dell’affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016, 589 ss.

⁹⁴ Sul punto Si V. M. BALDI, F. RUMMA, *L’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendali dopo il nuovo codice appalti*, in *Urbanistica e appalti*, II, 2018, 253. Gli autori rilevano che *“il principio dal quale ricavare la disposizione attuativa in materia di sicurezza è quello legato al diritto fondamentale della salute, che da un lato ha un rango superiore per avere fondamento costituzionale negli artt. 1, 2 e 4 e, specificamente, negli artt. 32, 35 e 41 Cost., rispetto a quelli menzionati nell’art. 2 del codice (previgente); dall’altro viene richiamato dall’art. 2 stesso sia mediante rinvio alla L. 7 agosto 1990, n. 241, sia al comma 3 nella parte in cui prevede la subordinazione del principio di economicità alla tutela della salute”*.

⁹⁵ Cfr. direttive 89/391/CEE del Consiglio, 12 giugno 1989, 92/57/ CEE del Consiglio, 24 giugno 1992; in base al considerando 10 di tale direttiva *“il rispetto delle prescrizioni minime atte a garantire un miglior livello di sicurezza e di salute sui cantieri temporanei o mobili, costituisce un imperativo al fine di garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori”*.

⁹⁶ L’articolo 95, comma 10 del Codice, infatti, prevede che *“Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)”; cfr. Cons. Stato Sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: *“Alla luce delle previsioni dell’art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016, per le gare indette dopo l’entrata in vigore del codice del 2016 non sussistono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza c.d. “interni” o “aziendali”, avendo il codice definitivamente rimosso ogni residua incertezza sulla sussistenza dell’obbligo, non ammettendo, più in generale, che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all’offerta economica, confinandolo alle ipotesi di carenze degli elementi formali”*.*

⁹⁷ Sul tema, si Veda A. BIAMONTE, *Oneri della sicurezza e soccorso istruttorio. Formalismo e sostanza a confronto*, in *Diritto.it*.



Nella vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006, l'Adunanza Plenaria con sentenza n. 3/2015 aveva esteso l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza interni o aziendali anche ai contratti pubblici di lavori, rilevando che la loro mancata indicazione imponesse l'esclusione dalla gara anche in caso di assenza di una espressa previsione del bando di gara⁹⁸.

Dal canto suo, tuttavia, la Corte di Giustizia, con sentenza del 2 giugno 2016, C-27/15, aveva affermato che i principi comunitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa laddove un determinato obbligo non sia contemplato nella *lex specialis* o nel diritto vigente, ammettendo, quindi, l'applicazione del soccorso istruttorio.

Per tale motivo, sul punto, l'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016 ha affermato che *"nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio"*.

Nonostante tale intervento, però, considerato che il massimo consesso amministrativo si è pronunciato con riferimento alla vigenza del vecchio codice, i successivi arresti giurisprudenziali non hanno eliminato i contrasti circa l'applicabilità, in tali ipotesi, del soccorso istruttorio.

Secondo un primo orientamento, infatti, più restrittivamente formalistico in ordine all'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli oneri per la sicurezza cc.dd. interni o aziendali⁹⁹, i principi di diritto formulati dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia appena descritta non troverebbero applicazione per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice, alle quali dovrebbe essere applicato l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 che, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha previsto la necessità di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro¹⁰⁰. Non risulterebbe possibile, quindi, applicare

⁹⁸ Per un'analisi della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, si veda F. RUFFINI, *La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali*, in *Urbanistica e Appalti*, VI, 2015, 677 ss; C. CONTESSA, *Oneri per la sicurezza e soccorso istruttorio: un nodo da sciogliere in vista del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, 2015, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁹⁹ Sul punto, si veda A. VORRARO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, cit., che ricorda che si è soliti distinguere gli oneri di sicurezza "da interferenza" da quelli "interni (o aziendali)", i primi "finalizzati a eliminare i rischi da interferenza, tale ultima intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa azienda con contratti di tipologie differenti e non soggetti a ribasso in quanto ontologicamente diversi dalle prestazioni strictu sensu oggetto di affidamento"; i secondi, invece, "propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal documento di valutazione dei rischi (D.V.R.), soggetti a un duplice obbligo in capo alla P.A. e all'impresa concorrente".

¹⁰⁰ T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 30 ottobre 2018, n. 10492, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "L'art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016, prevede un obbligo legale inderogabile, a carico delle imprese partecipanti ad una pubblica gara, di indicare sempre nell'offerta economica gli oneri di sicurezza. E tanto a prescindere da una specifica indicazione in tal senso nella disciplina di gara, stante la capacità della norma primaria di eterointegrare la stessa *lex specialis*; né può attivarsi al riguardo il soccorso istruttorio atteso che un siffatto meccanismo non è applicabile, a norma dell'art. 83 dello stesso decreto,



il soccorso istruttorio in ipotesi di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica anche al fine di *"evitare che il rimedio... che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica"*¹⁰¹.

Secondo un diverso orientamento, maggiormente sostanzialistico, invece, ispirato all'Adunanza plenaria n. 19/2016, è stato precisato che, pur non essendo in discussione che nell'offerta economica il concorrente deve indicare costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, si tratta di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara¹⁰². Ebbene, dal momento che testualmente il codice non commina alcun effetto espulsivo per l'inadempimento di tale obbligo, laddove la disciplina di gara non preveda espressamente l'obbligo di indicazione separata, nell'ambito dell'offerta, degli oneri di sicurezza aziendale, la mancata separata indicazione degli stessi da parte dell'operatore, da ritenersi frutto di un errore scusabile, non determinerebbe né la sua automatica esclusione dalla gara, né la necessità di riaprire la fase procedimentale dell'evidenza pubblica, attivando, ora per allora, la procedura di soccorso istruttorio, finalizzata a sanare l'errore, laddove non sia in contestazione, sotto il profilo sostanziale, il rispetto dei costi minimi imposti dagli obblighi in materia di sicurezza del lavoro, e non si sia in presenza della carenza di un elemento essenziale dell'offerta¹⁰³.

per le incompletezze riguardanti tra l'altro proprio l'offerta economica"; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 27 luglio 2018, n. 689, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: *"L'indicazione separata del costo della manodopera, ex art. 95, c. 10 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), è necessaria non solo ai fini della successiva verifica dell'anomalia ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa. Ne consegue che l'indicazione si configura come prescrizione di legge da rispettare a pena di esclusione (art. 83, c. 8, penultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016). Altresì, è inammissibile il soccorso istruttorio, che il codice dei contratti vigente non ammette in tutte le ipotesi di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica, in quanto l'indicazione dei costi della manodopera costituisce un elemento dell'offerta economica come precisato espressamente dall'art. 95, c. 10, cit."*.

¹⁰¹ Cons. di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2017 n. 815; nello stesso senso Cons. Stato 28 febbraio 2018 n. 1228, 25 settembre 2018 n. 653; T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 03 dicembre 2018, n. 11717, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, *"Gli oneri di sicurezza aziendale costituiscono un elemento essenziale dell'offerta economica e, pertanto, in caso di mancata indicazione, non sussistono nemmeno i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio, poiché in tal modo si sarebbe consentita una modifica postuma del contenuto dell'offerta economica in violazione della par condicio dei concorrenti"*; nello stesso senso T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 31 luglio 2018, n. 1649, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹⁰² Così, C.G.A., 7 giugno 2018 n. 344 e Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2018 n. 2554

¹⁰³ Cons. Stato Sez. V, 6 ottobre 2018, n. 5744, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cfr. T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 11 maggio 2018, n. 3149, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui *"La mancata quantificazione degli oneri per la sicurezza interni o aziendali non comporta necessariamente un'irregolarità insanabile dell'offerta economica, quando il bando non preveda espressamente l'analitica quantificazione degli oneri interni o aziendali e l'incidenza di detti oneri sia stata considerata ai fini della formulazione della offerta economica, con la conseguenza che, in tali casi, non può ritenersi operante la preclusione di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 in materia di c.d. "soccorso istruttorio". L'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, nel prevedere che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, non commina*

Data la permanenza dei contrasti giurisprudenziali appena descritti, l'Adunanza Plenaria, con ordinanze del 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3, ha sottolineato la necessità di risolvere alcune questioni relative alla conformità delle disposizioni nazionali sopra richiamate con il diritto dell'Unione europea e, pertanto, ha rimesso alla Corte di giustizia la questione se il diritto dell'Unione europea - e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi - ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del nuovo codice) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del soccorso istruttorio, pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espreso il citato obbligo legale di puntuale indicazione¹⁰⁴.

Nelle ordinanze di remissione, il massimo consesso ha precisato di ritenere che il pertinente quadro giuridico nazionale imponga in realtà di aderire alla tesi secondo cui la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l'esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio. L'Adunanza ha poi indicato le ragioni dell'adesione a tale interpretazione.

Innanzitutto, secondo l'Adunanza, l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione di un concorrente per violazione di obblighi da lui non adeguatamente conoscibili è stata ritenuta dalla Corte di giustizia in relazione a ipotesi in cui tali obblighi non

l'esclusione automatica del concorrente per violazione del predetto obbligo"; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 14/06/2018, n. 750: "L'art. 95, comma 10 del D.Lgs n. 50/2016 consente alla stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio nel caso in cui l'offerta economica non contenga l'indicazione separata degli oneri della sicurezza".

¹⁰⁴ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 20 novembre 2018, n. 772, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, "Viene rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi costi e oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti costi oneri"; Cons. Stato Sez. V Ord., 26 ottobre 2018, n. 6122, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "Vengono rimesse all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le questioni: - se, per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri; - se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza".



emergevano con chiarezza *“dai documenti di gara o dalla normativa nazionale”*¹⁰⁵, mentre attualmente l’art. 95, comma 10 fisserebbe in modo chiaro l’obbligo di indicazione.

Secondo un ulteriore argomento, poi, l’art. 83, comma 9 stabilisce che il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le lacune relative *“all’offerta economica e all’offerta tecnica”* e l’art. 95, comma 10, riconduce espressamente i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori tra gli elementi costitutivi dell’offerta economica. La mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori, quindi, sarebbe espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso.

Infine, l’Adunanza ha ulteriormente affermato che la mancata ottemperanza all’obbligo in argomento comporti necessariamente l’esclusione dalla gara richiamando la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 9 del 2014, ove è stato chiarito che in materia di contratti pubblici esiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto. Ebbene, l’art. 95, comma 10, stabilisce – con previsione chiara e di carattere imperativo – che i richiamati oneri debbano essere espressamente indicati in sede di offerta. Anche da ciò, quindi, deriverebbe l’inutilizzabilità, in tali casi, del soccorso istruttorio.

In attesa della pronuncia dei Giudici di Lussemburgo, occorre comunque evidenziare che la Corte di giustizia, di recente, ha intanto reso una statuizione di indubbio interesse in materia. Infatti, con la sentenza del 2 maggio 2019 in causa C-309/18, su ordinanza di rimessione del T.A.R. del Lazio del 20 marzo 2018, la Corte ha riconosciuto che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l’esclusione dell’offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, *“anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione”*. La Corte di Giustizia ha poi proseguito affermando che, tuttavia, *“se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice”*.

¹⁰⁵ In tal senso, la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 – Pippo Pizzo – e la sentenza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 – Edra Costruzioni



Tale pronuncia, da un lato non rappresenta sicuramente l'epilogo della questione, dato che, come detto, la Corte dovrà nuovamente intervenire sul punto; dall'altro lato, inoltre, non si può non rilevare che detta sentenza, senza dubbio, non ha il pregio di aver introdotto un principio perentorio. Anzi, quanto affermato dal giudice europeo appare a tratti contraddittorio e, comunque, (sebbene sembra esserci una timida adesione al formalismo) non prende una posizione netta sulla dicotomia formalismo/sostanzialismo.

Ora ci si aspetta, quindi, che la Corte superi la propria reticenza nelle prossime pronunce sul punto.

8.3. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale e di carattere speciale.

Com'è noto, per partecipare alle gare ad evidenza pubblica, i concorrenti devono essere in possesso sia dei requisiti di carattere generale, che mirano a garantire l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico, sia dei requisiti di carattere speciale, che attengono invece alle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie del concorrente.

A questo riguardo, ancora controversa sembra la questione dell'applicabilità del soccorso istruttorio in caso di omessa dichiarazione, in tutto o in parte, in merito ai requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50 del 2016, che per una parte della giurisprudenza comporta – in via immediata – l'esclusione dalla procedura senza possibilità, per l'Amministrazione, di attivare il soccorso istruttorio¹⁰⁶. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire - invero, ribadendo principi già espressi in precedenti pronunce¹⁰⁷ - che non possono essere regolarizzate le mancanze relative a documenti o informazioni la cui comunicazione è richiesta dal bando, specie se, "secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente"¹⁰⁸.

Al contrario, secondo una diversa interpretazione, le dichiarazioni sulle assenze di cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del Codice, vengono ritenute essenziali ma le eventuali carenze in ordine alle stesse legittimano l'attivazione al soccorso istruttorio¹⁰⁹, anche in riferimento alla ditta subappaltatrice quando, ai sensi dell'art.

¹⁰⁶ T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 11 luglio 2018, n. 989, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, 29 gennaio 2019, n. 232, in pluris-cedam.utetgiuridica.it

¹⁰⁷ Cfr. Corte Giust., 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda c. CEM Ambiente Spa, causa C-42/13, par. 46, ove è stato precisato che "L'art. 51 della direttiva (appalti), che dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici ad integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 della stessa direttiva, non può essere interpretato nel senso di consentirle di ammettere qualsiasi rettifica o omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente".

¹⁰⁸ Corte di Giustizia, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16 – MA.T.I. SUD SpA c. Centostazioni SpA, cit.

¹⁰⁹ Cfr. ANAC, Pareri di Precontenzioso n. 215 e n. 218 del 01 marzo 2017, riferiti alla mancata produzione della dichiarazione del possesso dei requisiti da parte del Responsabile Tecnico ai fini dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, e Parere di Precontenzioso n. 489 del 03 maggio 2017, riferito alla carenza della



105. comma 6 del Codice¹¹⁰, è obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori fin dalla fase di offerta, principio che sembra confermato anche dalla giurisprudenza più recente¹¹¹.

Recente giurisprudenza, inoltre, esclude il ricorso al soccorso istruttorio in caso di mancata dichiarazione delle parti dei servizi che si intendono subappaltare, perché, in quel modo, si consentirebbe all'impresa non di sanare un vizio formale ma sostanzialmente di modificare l'offerta, integrandola con la previsione di un subappalto necessario (indispensabile per il possesso dei requisiti di gara), inizialmente non previsto¹¹², mentre in precedenza era stata ammessa l'operatività della disciplina del soccorso istruttorio anche alla mancata indicazione del subappaltatore necessario¹¹³.

Talvolta, si tratta proprio di stabilire se la singola irregolarità attiene alla sussistenza di requisiti generali o all'offerta, con conseguenze diverse in punto di applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio¹¹⁴. Ad esempio, recente giurisprudenza di primo grado ha ritenuto legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per il profilo dell'adempimento degli obblighi di assunzione di persone appartenenti a categorie protette da parte di un concorrente. L'adempimento di tali obblighi, infatti, non costituirebbe un profilo essenziale dell'offerta, poiché non attinente al contenuto

dichiarazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. l) del Codice da parte del direttore tecnico, nei quali è stata ritenuta legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della dichiarazione dei singoli requisiti di ordine generale.

¹¹⁰ L'art. 105, comma 6 del Codice prevede che *“È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80”*. Resta fermo stabilito dal comma 7 dell'art. 105, secondo il quale al momento del deposito del contratto di subappalto l'affidatario trasmette alla stazione appaltante la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ad esso dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

¹¹¹ T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 27 aprile 2018, n. 677, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: *“è legittima l'esperibilità del potere di soccorso istruttorio in relazione alla mancata o errata indicazione della terna dei subappaltatori, così sostanzialmente consentendo l'indicazione, l'integrazione o la correzione della terna dei subappaltatori anche successivamente alla scadenza dei termini per la formulazione delle offerte”*.

¹¹² T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 07 gennaio 2019, n. 146, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹¹³ TAR Liguria, Sez. II, 6 febbraio 2018, n. 112, in giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 29 dicembre 2016, n. 1790 in giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁴ T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 19 dicembre 2018, n. 1219, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: *“È possibile attivare il soccorso istruttorio solo ai fini del completamento delle dichiarazioni e/o dei documenti già presentati e solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, mentre tale rimedio non può, invece, essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta (economica e/o tecnica), ovvero a radicali omissioni dichiarative: sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, pena la violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara”*.



dell'offerta, ma concerne la titolarità dei requisiti generali di partecipazione alla procedura, *“sicché l'operato dell'amministrazione, che ha esercitato il soccorso istruttorio al fine di verificare l'adempimento dell'obbligo suindicato e, quindi, il possesso del requisito di ordine generale, risulta del tutto coerente con l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016”*¹¹⁵.

Il soccorso istruttorio non è invece richiamabile nel caso in cui la controversia non attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne, invece, la fase cronologicamente successiva, avente ad oggetto soltanto la quantificazione del punteggio da attribuire ai candidati, che hanno superato la fase iniziale di ammissione alla gara, in base ai titoli posseduti ai fini della formulazione della graduatoria¹¹⁶.

Per quanto concerne, invece, i requisiti di carattere speciale, recente giurisprudenza ha ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio per permettere al concorrente la regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica previsti dal bando di gara, fermo restando che la effettiva esistenza degli stessi requisiti deve essere verificata al momento fissato dalla legge di gara quale termine ultimo per la presentazione dell'offerta¹¹⁷.

È stato chiarito, poi, che la mancanza dei requisiti soggettivi di partecipazione non è sanabile in sede di soccorso istruttorio attraverso una modificazione delle quote di partecipazione al sub-raggruppamento, trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, di cui ciascuno autonomamente sufficiente a invalidare l'offerta medesima. Infatti, la modifica della compagine soggettiva anche in senso riduttivo deve avvenire per esigenze organizzative proprie dell'A.T.I. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.T.I. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. Il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non può valere a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti¹¹⁸.

Emerge, quindi, come l'istituto in argomento continui ad essere dibattuto nel nostro ordinamento e come dia vita a contrasti giurisprudenziali continui che determinano incertezze e rallentamenti nelle gare pubbliche. L'attuale stato di cose imporrebbe, quindi, una più netta presa di posizione da parte della Corte di Giustizia o, in

¹¹⁵ T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 07 settembre 2018, n. 2054, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹¹⁶ T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 11 marzo 2019, n. 3171, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹¹⁷ Sull'applicabilità del soccorso istruttorio per sanare lacune documentali, a condizione che il concorrente sia effettivamente in possesso dei relativi requisiti, cfr. T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 04 dicembre 2018, n. 1114, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: *“Il cd. Soccorso istruttorio processuale attiene non solo all'integrazione della documentazione mancante o incompleta e/o alla sanatoria delle semplici irregolarità formali, ma alla dimostrazione che non vi sia una carenza sostanziale del requisito, poiché, ove l'omissione formale nasconda la ridetta carenza sostanziale, il rimedio ora indicato non funziona e non può che addivenirsi alla pronuncia demolitoria”*.

¹¹⁸ Cons. Stato Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1236, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.



alternativa, un intervento normativo chiarificatore da parte del legislatore europeo, che abbia la seria intenzione di mettere alle spalle soluzioni parziali, definendo in maniera tassativa gli elementi essenziali delle offerte che non possono essere sanate in un momento successivo alla presentazione delle stesse.

Infatti, visto che le direttive europee non prevedono una precisa indicazione di quali integrazioni siano consentite e quali, invece, vietate¹¹⁹, sembra legittimo attendere un intervento del legislatore comunitario o, in mancanza di tale intervento, maggior “coraggio” dal legislatore nazionale, al fine di trovare – riprendendo le parole di autorevole dottrina – il corretto punto di equilibrio tra “la garanzia del formalismo e l’efficienza del sostanzialismo”¹²⁰.

¹¹⁹ L’art. 56, comma 3, della Dir. 2014/24/UE, si limita a prevedere che “Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”.

¹²⁰ L. TORCHIA, *La nuova direttiva in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 298 segg.