

Soccorso istruttorio

Il nuovo soccorso istruttorio

di Andrea Manzi e Paolo Caruso (*)

Il soccorso istruttorio, oggi disciplinato dall'art. 83, comma 9, del codice degli appalti, raccoglie i frutti dell'evoluzione dell'istituto, dalle sue prime forme a quelle della precedente novella, evidenziando principalmente l'obiettivo della massima partecipazione e della efficienza delle procedure attraverso la primazia della sostanza sulla forma.

Al pari, tuttavia, di altri istituti introdotti o rimodellati dal nuovo codice, solo il banco di prova della prassi e della giurisprudenza potrà risolvere i problemi di coordinamento con la disciplina dei requisiti e dei relativi mezzi di prova e chiarire le definizioni - non del tutto perspicue - e tutti i profili utili per la sua corretta applicazione.

1. Premessa di inquadramento

Con la diffusa espressione "soccorso istruttorio" ci si riferisce, in via di prima approssimazione, al potere dell'Amministrazione di richiedere l'integrazione o il completamento di elementi necessari alla utile progressione di un procedimento.

In linea generale, l'istituto risponde alla valorizzazione dei principi di buon andamento, leale collaborazione con il privato, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, con il limite dei cc.dd. elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda.

Quanto alle procedure selettive, il fondamento del soccorso istruttorio è da rinvenire altresì nel principio di massima partecipazione, ma l'istituto trova nel contempo un ulteriore limite nella necessità di rispettare la parità di trattamento tra i concorrenti. Altra controindicazione va individuata, nelle procedure ad evidenza pubblica, nelle ripercussioni dei

tempi del soccorso sul rilevante interesse al celere e ordinato svolgimento della procedura.

La codificazione dell'istituto in materia di gare pubbliche rappresenta, per un verso, l'esplicitazione di un principio comunitario (1) e, per altro verso, la specificazione di un principio generale del nostro ordinamento, ispirato al giusto procedimento (2).

2. Il soccorso istruttorio nel D.Lgs. n. 163/2006

Nell'originario impianto del primo codice dei contratti pubblici, l'art. 46 ha così disciplinato il soccorso istruttorio: "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" (3).

Quale espressione di "principio generale relativo ai contratti pubblici" ai sensi dell'art. 30, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, l'istituto è stato ritenuto

(*) Paolo Caruso ha curato i paragrafi 1, 2 e 3, Andrea Manzi i paragrafi 4, 4.1., 4.2., 4.3., 4.4., 4.5., 4.6.

(1) Già l'art. 27 della Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26 luglio 1971 sugli appalti pubblici di lavori aveva riconosciuto all'amministrazione aggiudicatrice, entro certi limiti, la possibilità di "invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli".

(2) Per l'art. 6, comma 1, L. n. 241/1990 "il responsabile del procedimento ... b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documen-

tali". Per l'art. 71, comma 3, d.P.R. n. 445/2000 "Qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito".

(3) Prima del D.Lgs. n. 163/2006, si veda, per gli appalti di servizi, l'art. 16 del D.Lgs. n. 157/1995, per gli appalti di forniture l'art. 15, D.Lgs. n. 358/1992, per il *project financing* l'art. 37 *bis*, comma 2 *ter*, lett. b), L. n. 109/1994, per i lavori pubblici l'art. 21, comma 3, D.Lgs. n. 406/1991 art. 18, ultimo comma, L. n. 584/1977.

applicabile anche alle procedure per l'affidamento di concessioni di servizi (4).

La norma, per come interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria, prescrive il dovere della stazione appaltante di esercitare il "soccorso", solo se necessario, limitatamente al completamento o al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni già presentati in ordine al possesso di requisiti di ordine generale e speciale. Le modalità e le tempistiche del soccorso non sono specificate.

L'applicazione del beneficio presuppone dunque che il documento o certificato sia stato presentato e che le dichiarazioni siano state effettivamente rese, ancorché non in modo pienamente intellegibile o senza il rispetto dei requisiti formali.

Al fine di evitare che l'esito delle gare possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti, in un'ottica intesa al contemperamento di principi (talvolta in antitesi), come quello del "*favor participationis*" e quello della "*par condicio*" tra i concorrenti, la norma in esame ha inteso dunque cercare un punto di equilibrio, individuato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione (consentita) e quello di integrazione documentale (non consentita) (5).

La regola operativa che esclude la sanabilità della omessa produzione di un documento o di una di-

chiarazione trova peraltro attenuazioni nel caso di oscurità o ambiguità della *lex specialis*, laddove viene in considerazione la tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede (6); mentre, secondo un orientamento più permissivo, sarebbe consentita anche l'integrazione documentale quando gli atti tempestivamente prodotti offrano un ragionevole indizio del possesso del requisito non espressamente o univocamente documentato.

Per contro, è stata esclusa l'operatività dell'istituto: a) in caso di mancata produzione della dichiarazione o comunque di omissioni su elementi essenziali, anche se dovute a mera dimenticanza (7); b) per la modifica o l'integrazione dell'offerta tecnica e di quella economica, stante il principio di immutabilità che è garanzia di par condicio; fatta eccezione per refusi o errori materiali dell'offerta (8); c) per far valere un requisito non posseduto al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte (9), stante anche il principio di continuità nel possesso dei requisiti; d) per la sanatoria di dichiarazioni tempestivamente rese ma obiettivamente mendaci (10); e) in fasi della procedura diverse e successive rispetto a quella deputata alla verifica dei requisiti di ammissione, avendo la prevalente giurisprudenza valorizzato l'ambito di operatività fissato dalla norma ("Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45") (11).

(4) Cons. Stato, Sez. IV, sent. 29 febbraio 2016, n. 859.

(5) V. per tutte Cons. Stato, Ad. Plen. sent. 25 febbraio 2014, n. 9: "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".

(6) V. Cons. Stato, Sez. V, sent. 11 aprile 2011, n. 2230 e Sez. III, sent. 4 febbraio 2014, n. 507; *conf.*, più recentemente, Sez. V, sent. 16 marzo 2016, n. 1039.

(7) V. Cons. Stato, Sez. III, sent. 15 gennaio 2014, n. 123 in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2014 con nota di E. Frediani.

(8) V., per le carenze dell'offerta economica, Cons. Stato, Sez. III, sent. 1° aprile 2016, n. 1307 e Sez. V, 22 marzo 2016, n. 993, ord. nonché Ad. Plen. 2 novembre 2015, n. 9 in tema di omessa indicazione di oneri di sicurezza aziendali; per le carenze dell'offerta tecnica, Cons. Stato, Sez. III, sent. 26 maggio 2014, n. 2690 e sent. 1° aprile 2016, n. 1318. Si veda però Cons. Stato, Sez. V, sent. 27 ottobre 2014, n. 5297 che afferma l'operatività del soccorso istruttorio in ipotesi di contraddi-

zione interna all'offerta tecnica che possa ritenersi errore materiale di immediata percezione.

(9) Giurisprudenza consolidata. Come osservato da Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 25 febbraio 2014, n. 9 "diversamente opinando, si andrebbe a ledere il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto si consentirebbe ad uno o ad alcuni di essi di integrare i requisiti cui è subordinata la partecipazione alla procedura di gara in un momento successivo alla scadenza del termine, previsto dagli atti di gara, per la presentazione delle offerte; principio questo che non viene ad essere violato da un semplice elemento di correzione e completamento di elementi dichiarativi già presentati all'amministrazione aggiudicatrice". *conf.*, più di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 29 febbraio 2016, n. 6.

(10) Giurisprudenza consolidata. Vedi, per tutte, C.G.A.R.S., sent. 13 ottobre 2015, n. 630: "In tema di pubblici appalti, la sanatoria di una dichiarazione obiettivamente mendace non può ricondursi nell'ambito di quelle ipotesi cui deve correlarsi l'esercizio del soccorso istruttorio, consistente unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli, in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti". Più recentemente, Cons. Stato, Sez. V, sent. 11 aprile 2016, n. 1412.

(11) V., sull'ambito di operatività dell'istituto, le osservazioni critiche di M. Monteduro, *sub* art. 46, in *Codice dei Contratti Pubblici*, Caringella - Protto, Roma, 2012. Quanto alla applicabilità del soccorso istruttorio alla fase di comprova dei requisiti

Al primo e unico comma dell'art. 46, è stato poi aggiunto, ad opera del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, il comma 1 *bis* che ha introdotto il principio della c.d. tassatività delle cause di esclusione (12). Accentuando la prospettiva sostanzialistica, la norma mira a porre un freno alla proliferazione delle cause di esclusione fissate discrezionalmente - e talora oltre i limiti di proporzionalità e ragionevolezza - dalle stazioni appaltanti; con indiretto ampliamento dell'ambito di operatività del soccorso istruttorio (13). In proposito si è però precisato che l'esclusione della gara può essere disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano 'adempimenti doverosi' o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione (14).

Sull'istituto del soccorso istruttorio è poi intervenuto il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 12 agosto 2014, n. 114, il cui art. 39, rubricato "Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", ha introdotto nell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 il comma 2 *bis*, applicabile alle procedure di affidamento indette dopo il 25

giugno 2014 (15). Contestualmente, è stato introdotto il comma 1 *ter* dell'art. 46, finalizzato a chiarire l'ambito di operatività del richiamato comma 2 *bis* (16).

Al fine dichiarato di deflazionare il contenzioso sulle ammissioni alle gare, la citata riforma attua una procedimentalizzazione del soccorso istruttorio, che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, e configura l'esclusione dalla procedura come sanzione non più conseguente alla carenza originaria, ma all'omessa integrazione o regolarizzazione entro il termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante (17).

La novella normativa - alla quale ha dato sostanziale continuità il nuovo codice - consente insomma la sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale e supera il limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara, con ciò realizzando un'inversione radicale dei principi precedentemente enunciati dalla giurisprudenza, pur mantenendo fermi il limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabili-

ti, ex art. 48, D.Lgs. 163/2006, V., in senso negativo, Cons. Stato, Sez. VI, sent., 26 marzo 2015, n. 1594, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, sent. 22 marzo 2016, n. 3580, T.A.R. Umbria, Sez. I, sent. 25 marzo 2016, n. 285. Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 marzo 2016, n. 1032 ammette invece il soccorso istruttorio a valle di una richiesta di comprova generica.

(12) "1-*bis*. 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".

(13) Valorizzando il principio di tassatività delle cause di esclusione, la giurisprudenza ha ad esempio ritenuto sanabili con il soccorso istruttorio i vizi e le irregolarità della cauzione provvisoria, da prestarsi comunque nei termini. (V. Cons. Stato, Sez. III, sent. 1° febbraio 2012, n. 493; Sez. IV, sent. 6 aprile 2016, n. 1377; Sez. V, sent. 15 ottobre 2015, n. 4764).

(14) V. AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro*, Audizione del 29 settembre 2011, ove si precisa che "ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni 'deve', 'devono', 'è obbligato', l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione"; nello stesso senso V. anche Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 25 febbraio 2014, n. 9.

(15) "2-*bis*. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irre-

golarità 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".

(16) "1-*ter*. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-*bis*, si applicano 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".

(17) Sulla introduzione dell'art. 38, comma 2 *bis*, V. Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 30 luglio 2014, n. 16; Determinazione ANAC 8 gennaio 2015, n. 1, *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*; P. Cerbo, *Il soccorso istruttorio fra 'mere' irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in questa Rivista 12/2014; F. Saitta, *Le novità del decreto sblocca Italia - forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, in *Giur. it.*, 2015, 1, 234.

tà delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (18).

3. Il D.Lgs. n. 50/2016. Cenni alla disciplina dei requisiti degli esecutori

Il nuovo codice appalti (19), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sostanzialmente conferma, pur con alcune differenze lessicali, la classificazione dei requisiti di partecipazione di cui al precedente codice.

I requisiti di ordine generale, già prescritti nell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, sono ora disciplinati dall'art. 80, rubricato "motivi di esclusione". Per il mancato possesso di tali requisiti, può essere disposta l'esclusione "in qualunque momento della procedura".

I criteri di selezione, previsti nell'art. 83, corrispondono, invece, ai requisiti di qualificazione e si articolano in requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale; requisiti che devono essere "attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto" (20).

Per la qualificazione degli esecutori di lavori, l'art. 83, comma 2, conferma provvisoriamente il sistema di qualificazione di cui alla Parte II, Titolo III, del d.P.R. 207/2010 (artt. da 60 a 96), sino all'emanazione di apposite linee guida ANAC, da adottarsi entro un anno, relativamente al "sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici", sul quale si intrattiene il successivo art. 84.

Per quanto invece riguarda gli appalti di servizi e forniture l'art. 83, ai commi da 4 a 6, individua spazi di discrezionalità della Stazione Appaltante in merito agli elementi da richiedere ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

L'insussistenza di motivi di esclusione ex art. 80 e il rispetto dei criteri di selezione fissati ex art. 83 giustificano l'ammissione dell'operatore alla procedura di affidamento (21) e rappresentano uno dei presupposti per l'aggiudicazione (art. 94, comma 1, lett. b).

A mente degli artt. 29, comma 1, e 76, comma 3, i provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla procedura di affidamento sono pubblicati entro due giorni sul profilo del committente e contestualmente comunicati ai concorrenti, con avviso a mezzo p.e.c., al fine di consentire l'eventuale proposizione di ricorso ai sensi dell'art. 120 c.p.a., come modificato dall'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016.

La nuova frontiera della qualificazione va però individuata nel DGUE, Documento di gara unico europeo (22). A norma dell'art. 85, il DGUE consiste in una autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, attraverso la quale l'operatore economico attesta il possesso dei requisiti di ordine generale (e, dunque, l'insussistenza di motivi di esclusione ex art. 80) e di quelli di ordine speciale (e, dunque, la soddisfazione dei criteri di selezione di cui all'83) e fornisce ulteriori informazioni rilevanti, tra cui l'indicazione delle eventuali imprese ausiliarie.

Il DGUE (23) dovrà essere accettato dalle Stazioni Appaltanti, dal 18 aprile 2018 necessariamente in forma elettronica, e potrà essere utilizzato in più procedure di gara, purché sia attestata, in ciascuna occasione, la persistente validità delle informazioni che vi sono contenute.

Quando il sistema sarà a regime, i dati e le dichiarazioni contenuti nel DGUE potranno essere verificati attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'art. 81, gestita dal Mini-

(18) V. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, sent. 12 gennaio 2016, n. 76; conf. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sent. 26 aprile 2016, n. 154.

(19) Il D.Lgs. n. 50/2016 è rubricato "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" ed è stato pubblicato sulla G.U. 19 aprile 2016, n. 91.

(20) Si veda considerando n. 83 e art. 58 della Dir. 2014/24/UE e art. 1, lett. r), L. delega n. 11/2016 che richiede: "definizione dei requisiti di capacità economico finanziaria, tecnica, ivi compresa quella organizzativa, e professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi

di trasparenza e rotazione, nonché a favorire l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese".

(21) Gli artt. 80 e 83 sono applicabili agli appalti nei settori speciali (art. 133, comma 1), laddove è anche prevista la possibilità degli enti aggiudicatori di istituire e gestire un proprio sistema di qualificazione degli operatori economici (V. in part. artt. 133, 134 e 136).

(22) L'art. 1, lett. aa), L. delega n. 11/2016 prevede tra i criteri direttivi la "previsione che, al fine di ridurre gli oneri documentali, i partecipanti alle gare possano utilizzare il documento di gara unico europeo (DGUE) o analogo documento predisposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per autocertificare il possesso dei requisiti".

(23) Con Regolamento di Esecuzione (UE) n. 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 è stato approvato il "modello di formulario per il documento di gara unico europeo (DGUE)" (Allegato 2) e regolamentate le istruzioni d'uso (Allegato 1).

stero delle Infrastrutture e dei Trasporti (24), ovvero attraverso il registro e-Certis di cui all'art. 88, o altrimenti attraverso la richiesta all'operatore della documentazione complementare di cui all'art. 85.

Anche indipendentemente dall'utilizzo del DGUE, la prova sul possesso dei requisiti di partecipazione, generali e speciali, oltre che acquisita dalla stazione appaltante tramite la citata Banca dati nazionale ai sensi degli artt. 81, comma 1, e 85, commi 3 e 6, potrà essere richiesta direttamente agli operatori (25) in qualsiasi momento della procedura. La comprova dei requisiti, inoltre, sarà di regola richiesta, prima dell'aggiudicazione, ai primi due concorrenti in graduatoria, nei limiti di quanto stabilito dall'art. 86 ("mezzi di prova") e dall'allegato XVII ("mezzi di prova dei criteri di selezione").

In definitiva, pur essendo questa ancora una fase di transizione, è indubbio che il nuovo Codice segna "un significativo cambio di passo, avviando un'evoluzione da un sistema 'statico' di requisiti formali verso un sistema 'dinamico' di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale, e ponendo le premesse per una revisione del sistema di qualificazione incentrato sulle SOA" (26).

4. Il "nuovo" soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016)

4.1. Generalità

Il nuovo codice degli appalti riprende e disciplina l'istituto del soccorso istruttorio nelle procedure di gara, in precedenza - come si è detto - già notevolmente potenziato dal d.l. 90/2014 con l'inserimento del comma 2 *bis* nell'art. 38 e del comma 1 *ter* nell'art. 46 del codice dei contratti del 2006.

Con il comma 9 dell'art. 83 l'istituto viene disciplinato nell'ambito di una disposizione attinente ai requisiti di qualificazione (o criteri di selezione, se-

condo la nuova definizione data dal codice), ma si caratterizza a una prima lettura per essere suscettibile di potenziale applicazione in ogni aspetto della partecipazione alla gara, in coerenza del resto con quanto disposto riguardo al vecchio soccorso istruttorio (27), pur con le limitazioni specificamente previste dalla disposizione in commento.

La premessa iniziale contenuta nel primo periodo del comma 9, infatti, lascia pensare a un campo di applicazione quanto mai ampio ("Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma"), applicabile a qualsiasi elemento *della domanda*, fatte salve - ovviamente - le condizioni applicative precisate nel seguito della disposizione (che, infatti, prosegue con "In particolare, ...").

Tanto, sia in coerenza anzitutto con le indicazioni della L. delega n. 11/2016, che all'art. 1, comma 1, lett. z), aveva indicato come obiettivo per il legislatore delegato non solo la riduzione degli oneri documentali a carico dei concorrenti ma soprattutto la "attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda", sia in osservanza delle ulteriori indicazioni rese in sede consultiva dal Consiglio di Stato (28).

Premessa, quindi, la generalità della regola della sanabilità delle carenze della domanda, la disposizione traccia sostanzialmente tre categorie di situazioni considerabili ai fini della sanabilità o insanabilità:

- la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (sanabili con onerosità);

(24) A norma dell'art. 216, comma 13, D.Lgs. n. 50/2016, al momento dell'entrata in vigore del D.M. previsto dall'art. 81, comma 2, la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle Infrastrutture sostituirà l'attuale sistema AVC Pass gestito dall'ANAC.

(25) Potere in linea con quanto previsto dagli artt. 59 (Documento di gara unico europeo) e 60 (mezzi di prova) della Dir. 2014/24/UE e dal suo considerando n. 84, dove si stabilisce che "Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura".

(26) V. Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere sullo schema di Codice; V. anche De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in questa Rivista, n. 5/2016.

(27) Già il soccorso istruttorio disciplinato dall'art. 38, comma 2 *bis*, infatti, pur inserito nella disciplina delle dichiarazioni di cui al comma 2 dell'art. 38, era stato esteso dall'art. 46,

comma 1 *ter*, "a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

(28) Anche nel parere del Consiglio di Stato, infatti, si esprime il convincimento che si tratti di istituto di carattere generale, definendo il soccorso istruttorio come "riferito, in termini generali, a tutti gli aspetti formali dell'offerta", e consigliando in tale prospettiva la ricordata formula di apertura ("Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma"), recepita nel testo così come proposta nel parere consultivo (v. parere Cons. Stato n. 855/2016, sub art. 83). Non è stato però seguito l'invito del Consiglio di Stato a dedicare all'istituto un apposito articolo, come sarebbe stato suggerito anche dalla delicatezza e incidenza dell'istituto sulla regolarità delle gare, e dalla sua funzione di "bilanciamento tra i principi di massima partecipazione, semplificazione, par condicio e tutela della concorrenza".

- le irregolarità formali ovvero la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali (sanabili senza onerosità);
- la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica, nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (non sanabili).

Alle tre categorie di situazioni sopra indicate corrispondono tre diverse modalità di "soluzioni":

- alla prima categoria, che si potrebbe definire come quella delle irregolarità essenziali sanabili, corrisponde l'attivazione della procedura di regolarizzazione onerosa, con assegnazione del termine per provvedervi e determinazione della sanzione da pagare, a pena di esclusione;
- alla seconda categoria, che si potrebbe definire come quella delle irregolarità non essenziali e perciò a maggior ragione sanabili, corrisponde l'attivazione della procedura di regolarizzazione non onerosa, ma ugualmente da osservare a pena di esclusione;
- alla terza categoria non corrisponde possibilità di rimedio nell'ambito del soccorso istruttorio, poiché il concorrente verrà ineluttabilmente escluso.

L'opzione di stabilire tre categorie di irregolarità, dai confini peraltro neppure ben definiti (con concreto rischio di dubbi interpretativi e applicativi (29)), contravviene ai suggerimenti del Consiglio di Stato in sede di parere consultivo, ove si proponeva di semplificare la disposizione prevedendo due sole fattispecie di soccorso, quella delle irregolarità formali non essenziali (sanabili gratuitamente), e quella delle lacune essenziali, non sanabili.

Peraltro, l'estensione del soccorso - già ad opera dell'art. 38, comma 2 *bis* - sostanzialmente a ogni ipotesi di necessità di regolarizzazione (le "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", la "mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo", i "casi di irregolarità formali, ovve-

ro di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali"), e quindi non solo a mere irregolarità formali ma anche a incompletezze o mancanze vere e proprie, fa sì che il campo di applicazione generale dell'istituto sia definibile più che altro in termini negativi, e cioè attraverso l'individuazione di ciò che certamente non può essere oggetto di soccorso; mentre la distinzione tra le categorie - entrambe assoggettate al soccorso a pena d'esclusione - delle irregolarità essenziali o non essenziali (entrambe sanabili) rileverà prevalentemente ai fini della onerosità o meno della regolarizzazione, dando perciò luogo - sotto questo profilo - a possibile contenzioso essenzialmente fra la stazione appaltante e il concorrente onerato che reclami invece la gratuità della procedura.

4.2. Le carenze o irregolarità essenziali sanabili

Vista la generalità dell'istituto, per quanto si è sopra detto, in questa categoria dovrebbero rientrare tutte le carenze, le incompletezze e le irregolarità degli elementi (di tutti gli elementi) e del documento di gara unico europeo che devono necessariamente essere completate e regolarizzate ai fini della procedibilità e validità della domanda ovvero dell'accertamento del requisito in capo al concorrente (in tal senso essenziali), purché - limite negativo - non siano afferenti all'offerta tecnica ed economica ovvero pregiudichino l'individuazione del loro stesso contenuto o del soggetto responsabile della documentazione (e cioè della domanda), giacché in tal caso sarebbe del tutto preclusa la regolarizzazione.

Resta perciò superata l'opzione interpretativa dell'ANAC - riferita però alla vecchia norma - secondo la quale con la nozione di irregolarità essenziale (sanabile) il legislatore aveva inteso riferirsi al caso di impossibilità di "individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa", ovvero ancora la "mancanza della sottoscrizione della dichiarazione stessa" (30).

(29) Già nella sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, si osservava che la precedente disposizione di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, era caratterizzata da "un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso)", e la nuova disposizione non pone rimedio a questo. In ogni caso la stessa sentenza concludeva nel senso che la (allora) nuova disposizione, oggi superata, tendeva a superare tutte le preclusioni precedentemente ravviate al soccorso istruttorio "mediante la proceduralizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni so-

stitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie)".

(30) Così si riteneva nella Determinazione ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015, riferita alla norma precedente, nella quale ovviamente non era stata ancora precisata la insanabilità delle irregolarità tali da pregiudicare l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione.

Sono venuti meno - già con l'art. 38, comma 2 bis, del vecchio codice - alcuni dei tradizionali limiti di sanabilità elaborati dalla giurisprudenza, come quello della impossibilità di integrare le dichiarazioni con elementi nuovi (distinguendosi a tal fine tra regolarizzazioni o chiarimenti, comunque consentiti, e integrazioni vere e proprie, prima non consentite), ovvero quello della impossibilità di praticare il soccorso in presenza di mancanze sanzionate con l'esclusione nella *lex specialis* (si ritiene, infatti, che il concetto di irregolarità essenziale si riferisca principalmente proprio al caso di carenza che, in mancanza di sanatoria, avrebbe condotto alla sanzione dell'esclusione) (31).

È peraltro ovvio - e anche su questo si è speso il parere del Consiglio di Stato - che è da escludersi che le carenze possano riguardare il concreto possesso dei requisiti, e che "sia possibile per il concorrente dotarsi anche successivamente di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto" (32). Questo, che costituiva un tradizionale limite anche nelle prime applicazioni del soccorso istruttorio (33), ove si chiariva che con la integrazione di cui al primo comma dell'art. 46 si sarebbe potuto al più documentare un requisito o elemento storico già esistente al tempo della domanda e giammai dotarsene *ex novo*, se non è del tutto chiarito dalla ambigua formulazione del secondo periodo della norma (ove ci si riferisce alla "mancanza ... degli elementi" (34)), è tuttavia pur sempre ricavabile dalla già ricordata formula di apertura ("Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono esse-

re sanate ..."), che delinea i contorni dell'istituto pur sempre nell'ambito della regolarizzazione formale, fermo il possesso del requisito in data anteriore. Per la stessa ragione, ad esempio, dovrebbe ritenersi non integrabile la dichiarazione di volontà di far ricorso all'avvalimento, poiché prima del perfezionamento di detta dichiarazione il requisito non potrebbe dirsi posseduto dall'impresa ausiliata, e perciò ammetterne la presentazione in un momento successivo significherebbe consentire al concorrente di dotarsi di un requisito di cui la stessa non godeva al momento della domanda.

Deve escludersi altresì la sanabilità di dichiarazioni che non siano semplicemente omesse bensì mendaci, in quanto il concorrente non si sia limitato a omettere una dichiarazione - ad esempio, di insussistenza di condanne - bensì l'abbia resa in senso negativo (35), contro la verità dei fatti.

4.3. Le carenze o irregolarità non essenziali sanabili

Per contrapposizione alla categoria delle irregolarità essenziali, in questa categoria dovrebbero rientrare tutte le irregolarità formali e le carenze, le incompletezze e le irregolarità della documentazione e delle dichiarazioni che non costituiscono il contenuto essenziale della domanda e non ne condizionano la validità (in tal senso non essenziali), e tuttavia debbono essere regolarizzate, anche in questo caso purché dette carenze non pregiudichino a monte l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione.

(31) Si veda, ancora, la Determinazione n. 1/2015 dell'Anac, secondo la quale è evidente come la novella "determini un superamento dei principi sopra enunciati, comportando un'inversione radicale di principio: inversione in base alla quale è generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara". E ancora: "Si ritiene, infatti, che le irregolarità essenziali, ai fini di quanto previsto dall'art. 38, comma 2-bis, coincidono con le irregolarità che attengono a dichiarazioni ed elementi inerenti le cause tassative di esclusione (come individuate nella determinazione n. 4/2012), previste nel bando, nella legge o nel disciplinare di gara, in ordine alle quali non è più consentito procedere ad esclusione del concorrente prima della richiesta di regolarizzazione da parte della stazione appaltante".

(32) Va altresì ricordato che il possesso dei requisiti non solo deve sussistere al momento della domanda, ma deve perdurare per tutto lo svolgimento della procedura e persino durante l'esecuzione del contratto, come da ultimo puntualizzato da Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8.

(33) Nella stessa premessa della Determinazione n. 1/2015 dell'Anac veniva precisato, qualora occorresse, che "la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere

utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla *lex specialis* di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda". E già nella sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, sia pure con riferimento alla disposizione di cui all'art. 46, comma 1, del vecchio codice, si ricordava che "il soccorso istruttorio comprende la possibilità di chiedere chiarimenti purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento". Da ultimo, poi, Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6 e 25 maggio 2016, n. 10, hanno confermato l'impossibilità di porre rimedio alla originaria carenza di un requisito (in quei casi, di regolarità contributiva) a mezzo della procedura di regolarizzazione di cui all'art. 31, comma 8, D.L. n. 69/2013.

(34) Con riferimento alla analoga formulazione già dell'art. 38, comma 2-bis, C. Contessa, *Soccorso istruttorio e principio di stabilità della soglia di anomalia*, in *Giur. it.*, 2015, 7, 1685, osservava che la tesi della limitazione del soccorso istruttorio alla sola ipotesi della lacuna dichiarativa riferita a requisiti comunque posseduti "risulta apparentemente difficile da coniugare con il dato normativo secondo cui il 'soccorso a pagamento' è ammesso anche in caso di 'mancanza degli elementi' (in tal senso l'incipit del comma 2 bis)".

(35) Così sempre la determinazione n. 1/2015 dell'ANAC nonché giurisprudenza costante (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2016, n. 16).

Non costituisce, invece, propriamente un limite in negativo della categoria la circostanza che dette irregolarità riguardino l'offerta tecnica ed economica, poiché la norma in senso letterale sembra precludere la sanabilità delle sole irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica ed economica, legittimando così l'idea che anche nell'offerta tecnica ed economica possano esservi in teoria irregolarità non essenziali o formali sanabili.

Ciò che maggiormente colpisce nella nuova disciplina rispetto a quella di cui all'art. 38, comma 2-bis, è che questa categoria di irregolarità nel precedente regime non richiedeva alcuna regolarizzazione. Oggi, invece, non solo ne è richiesta espressamente la regolarizzazione, ma il positivo espletamento della stessa, ancorché di carattere non oneroso, condiziona la stessa legittima permanenza nella gara (la precisazione "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara" riguarda la procedura di sanatoria sia delle irregolarità essenziali sia di quelle non essenziali).

Considerando, però, che per essere non "essenziali" queste irregolarità o carenze non debbono di certo rientrare in fattispecie espulsive tipiche o integrarne gli estremi, e che, in forza del principio di tassatività delle cause di esclusione (36), solo relativamente a queste ultime opera il potere-dovere di escludere il concorrente dalla gara, si deve concludere che questa nuova previsione, contemplando l'esclusione di un concorrente per non aver ottemperato alla regolarizzazione di una mancanza che non costituirebbe di per sé causa di esclusione, finisce con l'annacquare il principio di tassatività delle cause di esclusione, o quanto meno con l'integrare essa stessa una sorta di clausola di esclusione in bianco (quanto ai comportamenti che innescano la procedura suscettibile di provocare l'espulsione); il che però, considerando la *ratio* posta a base del principio di tassatività, che mira essenzialmente a garantire la proporzionalità, imparzialità e non discriminazione delle procedure, appare quan-

to meno discutibile, e in ogni caso distonica rispetto alla regola generale enunciata al comma precedente (37).

Nella sostanza, sanzionando le carenze o irregolarità non essenziali che non vengano regolarizzate nel termine assegnato, si recupera in qualche modo quel principio, affermato in un certo periodo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in contrapposizione alla teoria del c.d. falso innocuo, secondo il quale la completezza delle dichiarazioni, oltre a rispondere al principio di autoreponsabilità dei concorrenti, è un valore imprescindibile nelle procedure a evidenza pubblica, in quanto strettamente preordinata al loro celere svolgimento, all'esigenza di evitare che in sede di ammissione alle suddette procedure insorgano necessità di approfondimenti nonché prevenire l'insorgere di contenziosi (38).

4.4. La procedura di regolarizzazione onerosa

Per le irregolarità essenziali la norma contempla una procedura di regolarizzazione non solo necessaria - a evitare l'esclusione - ma altresì onerosa.

Sul punto va anzitutto rilevato che la legge delega (39) aveva assegnato al legislatore il compito di attribuire ai concorrenti la "possibilità di integrazione documentale non onerosa", mentre la disposizione, pur riducendo sensibilmente il massimo edittale in precedenza previsto dal comma 2 bis dell'art. 38 (che passa da euro 50.000 a euro 5.000), non ha seguito tale indicazione, né ha seguito i rilievi sollevati dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto rimessogli. Nel parere dell'organo consultivo infatti, pur evidenziandosi che la scelta del legislatore per la gratuità della regolarizzazione avrebbe eliminato un importante deterrente di responsabilizzazione per le concorrenti, si segnalava la "dubbia conformità con la previsione della legge delega", e si affermava categoricamente che "non si può riproporre il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento' di cui all'attuale art. 38 co. 2-bis dell'abrogando codice".

(36) Principio già affermato dall'art. 46, comma 1 bis, del vecchio codice, e ora ripreso dall'art. 83, comma 8: "*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

(37) Come ricorda Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, "la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante", operando così direttamente "il bilanciamento tra

l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro", "salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*", e rafforzando in tal modo la "indole sostanziale" della regola. Ciò che rischia di essere vanificato con una clausola in bianco.

(38) Tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471 e 3 marzo 2011, n. 1371, nonché Sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291.

(39) La più volte citata L. n. 11/2016, art. 1, comma 1, lett. z).

Al tempo stesso, però, il Consiglio di Stato proponeva di semplificare la disposizione prevedendo due sole fattispecie di soccorso, quella delle irregolarità formali non essenziali (sanabili gratuitamente), e le lacune essenziali, non sanabili.

La persistenza del legislatore delegato nel prevedere comunque l'onerosità del soccorso per questa categoria di irregolarità può far pensare - a non voler credere a disattenzione o addirittura disobbedienza - che abbia voluto prevedere una terza categoria di irregolarità rispetto a quelle consigliate dall'organo consultivo, e perciò affiancare a quelle meramente formali e a quelle insanabili le irregolarità che, pur essenziali e non meramente formali, non cadendo su elementi immodificabili (quali l'offerta) e non pregiudicando radicalmente la stessa individuazione del contenuto o del soggetto responsabile, possono essere oggetto di soccorso, a questo punto oneroso perché "straordinario".

Evidentemente l'onerosità prevista per questa categoria, per via della straordinarietà del rimedio e - soprattutto - della facoltatività della scelta se accollarsi la relativa sanzione economica, non è stata ritenuta in contrasto con la delega e con le indicazioni riportate.

In effetti, nel precedente assetto dell'istituto (art. 38, comma 2-bis, vecchio codice), anche per via della diversa formulazione della norma ("la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale ... obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento ..."), l'applicazione della sanzione era stata per lo più ritenuta in giurisprudenza

comunque dovuta per effetto della mancanza riscontrata, nel senso che si riteneva che la sanzione scattasse per il solo fatto della irregolarità senza che al riguardo rilevasse la scelta del concorrente se regolarizzare o meno (e quindi sottomettersi o meno alla sanzione) (40); mentre nell'attuale disposizione è opportunamente (41) chiarito che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione". Il che apre però la strada a un ulteriore dubbio: la sanzione viene evitata solo se il concorrente decide di non avvalersi della procedura di regolarizzazione ovvero anche se tenta la regolarizzazione ma non vi riesce, o non rispetta il termine assegnato?

La lettera della norma farebbe pensare a questa seconda ipotesi, perché la sanzione è prevista "esclusivamente in caso di regolarizzazione", e non in caso di avvio della procedura ma non felice esito della regolarizzazione. Certo è, però, che sposando questa tesi, che appare più aderente anche al principio di tassatività delle fattispecie sanzionatorie, rischia di rimanere frustrata quella *ratio* che recentissima giurisprudenza ha individuato a base della comminatoria della sanzione, che è vista come prezzo da pagare per l'aggravamento della procedura di gara (42).

È in ogni caso venuta meno, rispetto alla precedente disposizione, l'affermazione che la cauzione provvisoria costituisca garanzia per il pagamento di detta sanzione (43). Mentre - diversamente dal passato - è ora specificamente previsto che il mancato pagamento comporti l'esclusione dalla gara,

(40) Per la verità, mentre l'Anac aveva espresso parere opposto (v. Determinazione n. 1/2015 dell'Anac: "All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio"), alcuni T.A.R. avevano affermato l'inerenza della sanzione al mero dato della irregolarità, valorizzando l'elemento testuale della disposizione: così T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, 25 novembre 2015, n. 784; T.A.R. Emilia-Romagna - Parma, 29 febbraio 2016, n. 66. Da ultimo, però, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 27 maggio 2016, n. 2749, ha motivatamente dissentito da questa interpretazione, osservando che l'acquiescenza da parte del concorrente al rilievo di irregolarità evita alla stazione appaltante l'aggravamento di dover istruire un procedimento di regolarizzazione e fa perciò venire meno la ragione della sanzione, che costituirebbe altrimenti una "misura vessatoria e afflittiva per le imprese" e "trasmuterebbe in un disincentivo alla partecipazione alle gare pubbliche". Si può segnalare, inoltre, che con ordinanza cautelare 5 maggio 2016, n. 2377, il T.A.R. del Lazio - Roma, Sez. III, ha accolto l'istanza cautelare richiesta dalla ricorrente apprezzando il "fumus boni iuris", in ragione dei profili, rilevabili d'ufficio, di possibile incompatibilità comunitaria dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede, in caso di soccorso istruttorio per irregolarità od omissioni "essenziali", l'applicazione di una sanzione pecuniaria automatica di elevato importo e condizionante la partecipazione alla gara, non contemplata né direttamente né implicitamente dalle direttive comunitarie di riferimento". I rilievi del T.A.R. attingono a profili in parte superati (l'elevato importo della sanzione è stato ora ridotto, e la sanzione economica non è più automatica) nel nuovo assetto dell'istituto, il quale tuttavia partirà già con un pesante fardello ove la questione verrà poi - nel merito - effettivamente rimessa alla Corte di giustizia come il T.A.R. ha lasciato presagire.

(41) Riferisce infatti S. Usai, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio integrativo*, in questa *Rivista*, n. 10/2015, 1085, nota n. 19, che "lo stesso procuratore della Corte dei Conti, in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, ha sostenuto nella propria relazione che il pagamento della sanzione in commento deve essere richiesta a pena di danno erariale".

(42) V., ancora, T.A.R. Campania - Napoli n. 2749/2016 cit.: "la sanzione costituisce una misura di "fiscalizzazione" dell'irregolarità o dell'incompletezza documentale e costituisce una contropartita da corrispondere alla stazione appaltante per l'aggravamento del procedimento di verifica della regolarità e completezza della documentazione amministrativa: è evidente che tale aggravamento consegue solo all'attivazione e alla effettiva fruizione da parte del concorrente medesimo del soccorso istruttorio mentre, qualora il partecipante non intenda avvalersi del beneficio, la selezione concorsuale procederà più spedita".

(43) Per i problemi applicativi di tale previsione si veda ancora la Determinazione n. 1/2015 dell'Anac.

poiché nel termine, non superiore a dieci giorni, che deve essere assegnato dalla stazione appaltante per rendere le dichiarazioni integrative per la regolarizzazione, deve essere altresì presentato il “documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione”.

Tanto premesso in ordine alle caratteristiche principali del procedimento di regolarizzazione onerosa, si può perciò ricordare che il procedimento contempla, successivamente al rilievo di una mancanza, incompletezza ovvero altra irregolarità essenziale, l'assegnazione al concorrente di un termine non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, previa indicazione del contenuto e dei soggetti che le devono rendere, oltre che la indicazione della somma da pagare a titolo di sanzione pecuniaria in favore della stazione appaltante, nella misura stabilita già dal bando di gara che deve essere non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a euro 5.000.

Le regolarizzazioni devono intervenire e le dichiarazioni integrative occorrenti devono essere presentate contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione, entro il termine assegnato, da considerarsi senz'altro perentorio giacché la norma espressamente dispone che “in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”.

Si può aggiungere che questa procedura di soccorso istruttorio, così tipizzata e disciplinata dall'art. 83, comma 9, dovrebbe essere applicabile esclusivamente in questa fase della procedura di gara, e cioè nella fase dedicata alla verifica iniziale delle condizioni di ammissione dei concorrenti, e non va confusa con le ulteriori ipotetiche occasioni di integrazione documentale che si possono verificare più avanti nella gara allorché, in applicazione dell'art. 85, comma 5, la stazione appaltante intenda chiedere agli offerenti “in qualsiasi momento nel corso della procedura” di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi “qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura”, ovvero, prima dell'aggiudicazione, richieda all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto e al secondo classificato di presentare

documenti complementari aggiornati. In questi casi, l'art. 85, comma 5, prevede che “la stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87”, ma evidentemente al di fuori della straordinaria procedura di cui all'art. 83, comma 9, di cui non condivide, stando alla lettera delle norme, le connotazioni essenziali, essendo limitata alla mera facoltà di integrazione, essendo apparentemente facoltativa e non doverosa, non essendo previsto un termine perentorio per l'adempimento, un onere, una sanzione (44).

Il che del resto si pone in continuità con quell'indirizzo - ricordato *supra* - che, già nel vigore delle vecchie norme, limitava l'applicazione della procedura di soccorso istruttorio vero e proprio alla fase di verifica preliminare dei requisiti di partecipazione, negandone invece l'applicazione alla fase di comprova *post* aggiudicazione.

4.5. La procedura di regolarizzazione non onerosa

Quanto alla procedura di regolarizzazione non onerosa delle irregolarità formali ovvero della carenza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la norma richiama la stessa procedura applicabile per la regolarizzazione dei vizi essenziali, e perciò: la segnalazione della irregolarità da parte della stazione appaltante; l'assegnazione al concorrente di un termine non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, previa indicazione del contenuto e dei soggetti che le devono rendere; la verifica del corretto adempimento.

Manca, in questo caso, come si è detto, l'applicazione della sanzione.

In caso di inadempimento a quanto prescritto, il concorrente è comunque escluso dalla gara.

4.6. Le carenze o irregolarità non sanabili

Rientrano, invece, in questa categoria la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica, nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Riguardo alla impraticabilità della regolarizzazione dell'offerta tecnica o economica, ancorché non sia

(44) Lo stesso Consiglio di Stato, nel più volte richiamato parere consultivo, definisce questa richiesta di integrazioni “un utile corollario del principio del soccorso istruttorio in corso di gara e della leale collaborazione fra amministrazione e concor-

renti”, confermando con ciò che le due ipotesi e le due procedure sono comunque distinte, ancorché rispondenti ad analogia *ratio*.

stato seguito il suggerimento del Consiglio di Stato di precisare che è conservata una forma di soccorso procedimentale riferito agli elementi dell'offerta tecnica ed economica (nel senso di consentire una richiesta di chiarimenti "in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta") (45), può ritenersi che, laddove la norma esclude la sanabilità delle irregolarità "essenziali" riguardanti l'offerta tecnica ed economica, non escluda per converso la sanabilità di quelle "non essenziali", e perciò lasci aperto uno spazio - che sarà compito delle giurisprudenze semmai precisare - per chiarimenti sul contenuto delle offerte, naturalmente non additivi o modificativi (46) e meramente "formali".

Va da sé che, al di fuori di eventuali minimi spazi di interlocuzione e chiarimento sui contenuti dell'offerta (si può pensare al caso dell'errore materiale riconoscibile (47), ovvero alla omissione colmabile con un mero calcolo matematico (48)), ogni intervento sulla stessa altererebbe la *par condicio* e

violerebbe il canone della imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Quanto al resto, viene affermata la insanabilità delle dichiarazioni che non consentano neppure di ricostruire il contenuto o di risalire all'autore delle stesse (si pensi al caso scolastico della mancanza della sottoscrizione), ritenendole evidentemente in tal caso sostanzialmente inesistenti e perciò prive di quelle connotazioni minime per poter essere oggetto di regolarizzazione.

Si è poi anticipato, nel commentare gli altri profili, a ulteriori situazioni che, pur non espressamente contemplate dalla norma, devono tuttavia ritenersi insuscettibili di regolarizzazione, quali la carenza originaria del requisito di qualificazione, la falsità della dichiarazione già resa nella gara, la violazione suscettibile di incidere sulla segretezza dell'offerta, e altre che la pratica indicherà nelle immancabili occasioni di applicazione della norma in commen-

(45) Ciò che il Consiglio di Stato, nel parere consultivo, proponeva di precisare riformulando la norma nel senso che le carenze della domanda potessero essere sanate "con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica".

(46) Sulla impossibilità di praticare il soccorso istruttorio sull'offerta si veda Cons. Stato, Sez. III, 1° aprile 2016, n. 1318, ove si afferma che l'attivazione del soccorso è "rigorosamente preclusa se preordinata ad ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica, che integrerebbero, come tali, inammissibili mutamenti postumi della stessa (in violazione del principio di immutabilità dell'offerta, affermato, tra le tante, da Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2014, n. 2690)".

(47) Si veda, ad esempio, la già citata sentenza Cons. Stato n. 5297/2014, ove - in una gara d'appalto per servizi di ristorazione - si ammette sostanzialmente la correzione della indicazione del centro cottura presente nella offerta tecnica in quanto evidentemente frutto di un *lapsus* rispetto a quanto indicato in sede di dichiarazione dei requisiti tecnici, affermando che "in presenza di un errore materiale nella composizione dell'offerta di immediata percezione, la richiesta di chiarimenti o di

integrazioni si impone alla luce del chiaro disposto dell'articolo 46, co. 1 bis, del codice dei contratti pubblici e dei principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2014".

(48) Si veda Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2015, n. 5751, che ha giudicato legittimo il soccorso che ha consentito al concorrente di precisare il ribasso percentuale peraltro ricavabile con una mera operazione matematica già dalle componenti dell'offerta, poiché "la dichiarazione del ribasso unico percentuale rilasciata dal rappresentante del raggruppamento risultato aggiudicatario nella seduta pubblica di gara del 23 luglio 2014 non ha comportato alcuna operazione manipolativa o di adattamento dell'offerta, ma il risultato di una mera operazione aritmetica; essa, pertanto, non rappresenta la manifestazione di nuova e diversa volontà dell'offerente, ma la conferma di quanto già dichiarato in sede di offerta (cfr. sul punto, Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487; 17 luglio 2012, n. 4176). In conclusione, deve ritenersi che l'operato della commissione di gara non è illegittimo, avendo fatto mera applicazione dei principi giurisprudenziali improntati alla massima partecipazione delle imprese alle gare e ad alla corretta applicazione del soccorso istruttorio".