

Il nuovo volto del soccorso istruttorio

di Leonardo Cipriano

Data di pubblicazione: 4-7-2016

1. Il soccorso istruttorio. Un difficile compromesso tra *favor participationis* e *par condicio* – 2. Aspetti applicativi dell'istituto, prima e dopo il nuovo codice dei contratti pubblici – Conclusioni - Bibliografia

1. Il soccorso istruttorio. Un difficile compromesso tra *favor participationis* e *par condicio*.

Il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione non soltanto nell'ambito della specifica ipotesi delle procedure di affidamento di contratti pubblici, ma anche, più in generale, in relazione a qualunque procedimento amministrativo, laddove occorra colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori nell'acquisizione degli elementi necessari all'adozione del provvedimento finale.[\[1\]](#)

Come correttamente affermato da autorevole dottrina, l'istituto in questione “*rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati*”[\[2\]](#)(art. 97 Cost.), consentendo all'Amministrazione di ovviare alle carenze dell'istruttoria procedimentale e, quindi, di pervenire a complete ed adeguate valutazioni comparative dell'interesse pubblico e degli altri interessi coinvolti nel procedimento.

Nell'ambito dell'evidenza pubblica, il soccorso istruttorio opera, in particolare, come “*rimedio ad una situazione di deficit informativo e documentale*”[\[3\]](#)consistendo, “*sia nell'attività di integrazione in caso di omissione od incompletezza della documentazione da esibire*” ai fini della partecipazione alla gara, “*sia nella regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da mere irregolarità o semplici errori materiali*”.[\[4\]](#)

La *ratio* principale dell'istituto in questione è pertanto quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, ampliandone specularmente le possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del *favor participationis*.[\[5\]](#)

Nella sua originaria definizione normativa, contenuta nell'art. 46, comma 1 del D.lgs n. 163/2006[\[6\]](#) (“*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) il soccorso istruttorio poteva operare solo in relazione alle ipotesi d'incompletezza od oscurità del significato di documenti, dichiarazioni o certificazioni già presentate dall'operatore economico e concernenti i requisiti di partecipazione^[7] richiesti dalla legge (artt. 38-45) o dal bando di gara (a pena di esclusione), ma non poteva certamente sanare la totale carenza di detti documenti (limite invalicabile posto dalla norma in esame a tutela del principio della *par condicio concurrentium*).

Proprio l'esigenza di allargare l'ambito di operatività dell'opposto principio del *favor participationis*^[8] ha indotto il legislatore (mediante il D.L. n. 70/2011, convertito in L. n. 106/2011, che ha inserito il comma 1 bis nell'allora vigente art. 46 D.lgs 163/2006) a ridefinire in modo tassativo le cause di esclusione, limitando notevolmente la discrezionalità della P.A. nell'individuazione, nella *lex specialis* di gara, dei requisiti o degli adempimenti formali essenziali di partecipazione.^[9]

Come ampiamente evidenziato dalla giurisprudenza,^[10] il citato intervento normativo aveva, in sostanza, ridotto a quattro le ipotesi di esclusione: a) violazione da parte dell'operatore economico di disposizioni di legge o di regolamento (qualora le stesse disposizioni normative comminassero la sanzione dell'esclusione, ovvero, comunque, nel caso le medesime indicassero come doveroso un certo adempimento in sede di partecipazione ad una gara); b) incertezza assoluta sul contenuto e provenienza della domanda di partecipazione o dell'offerta; c) mancanza d'integrità dei plichi contenenti l'offerta; d) altre irregolarità di chiusura di quest'ultimi, che, in base alle circostanze concrete facesse ritenere violata la segretezza delle offerte.

La stringente individuazione dei casi di esclusione da parte del legislatore e la correlativa comminatoria di nullità (parziale ex art. 1419, comma 2 c.c.) delle clausole difformi dei bandi di gara che prevedessero ipotesi di esclusione non ascrivibili alle fattispecie tipizzate, non potevano non avere notevoli conseguenze sia in ordine al contenuto di quest'ultimi, sia in relazione all'ambito di applicazione del soccorso istruttorio.^[11]

Con riguardo al primo aspetto, la giurisprudenza ha evidenziato che dopo la citata novella legislativa, salva l'ipotesi in cui il bando recepisce *in toto* le fattispecie di esclusione tipizzate, il medesimo fosse destinato ad essere eterointegrato, poiché: 1) se esso non conteneva clausole di esclusione, si applicavano quelle legali ex art. 1339 cod. civ.; 2) se ne conteneva altre non contemplate dalle citate fonti normative, quest'ultime erano nulle, giusta la disposizione imperativa dell'art 46, comma 1 bis, e sostituite automaticamente da quelle legali^[12].

Anche nell'ipotesi in cui il bando prevedesse clausole modificative o comunque incompatibili rispetto a quelle legali, le stesse erano state ritenute dalla prevalente opinione suscettibili di impugnazione (al fine di farne valere l'illegittimità è di far annullare l'eventuale provvedimento di esclusione da parte dell'operatore economico cui fossero state applicate).

Per altro verso, la drastica riduzione della possibilità di prevedere nei bandi di gara le cause di esclusione, avrebbe dovuto comportare, almeno in astratto, l'ampliamento delle ipotesi applicative del soccorso istruttorio (attesa la ritenuta sua non operabilità in tali ipotesi^[13]).

Senonché, anche all'indomani dell'introduzione della citata novella e, quantomeno, fino alle notevoli modifiche dell'istituto introdotte dall'art. 39 d.l. 90/2014, convertito in L. n. 1114/ 2014 - la giurisprudenza amministrativa si è mostrata piuttosto rigorosa nell'individuare il perimetro applicativo dell' istituto in esame.

Infatti, secondo quanto ritenuto dall'orientamento giurisprudenziale prevalso in seno al Consiglio di Stato,[\[14\]](#) un eccessivo allargamento del soccorso istruttorio avrebbe potuto alterare la *par condicio* tra gli operatori economici, violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, eludere la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, nonché diminuire la portata del principio di *“autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.”*

In base al citato restrittivo atteggiamento esegetico, il soccorso istruttorio[\[15\]](#): a) era assolutamente inoperante, come già detto, in caso di adempimenti espressamente richiesti (dalla normativa vigente) a pena di esclusione o comunque doverosi, salvo la mera regolarizzazione documentale ossia la correzione o rettifica di errori materiali e refusi; b) fuori da dette ipotesi (di esclusione) poteva consentire di integrare documenti o di colmare lacune delle dichiarazioni già presentate (e non anche di presentare dichiarazioni o documenti ex novo) non essendo possibile concedere – pena la violazione del principio di *par condicio* – *“al concorrente negligente di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi”*[\[16\]](#); c) poteva operare – nei sopra citati limiti - solo in relazione alla regolarizzazione o integrazione dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico (ossia quelli indicati dagli art. 38 – 45 d.lgs 163/2006) ma non anche nel senso di sanare le lacune dell'offerta economica; d) consentiva alla stazione appaltante di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito fosse comunque già individuabile nei documenti e dichiarazioni presentate (in guisa da acquisire una “consentita” precisazione *“che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara”*); e) permetteva all'amministrazione di rendere chiarimenti ai partecipanti in ordine a clausole ambigue della *lex specialis* *“onde favorire la massima partecipazione alla gara”* e *“unicamente per questo limitato caso e, nel rispetto della par condicio, (consentiva) la successiva integrazione documentale”*.[\[17\]](#)

Con il citato D.L. 90/2014 - che ha introdotto negli allora vigenti artt. 38 e 46 D.lgs 163/2006, rispettivamente il comma 2 bis ed 1 ter - si è registrato un notevole ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio.

In particolare, scegliendo di dare prevalenza al principio del *favor participationis* su quello di *par condicio* (sempre però nella fase di gara prodromica alla valutazione dell'offerta economica)[\[18\]](#) il legislatore, con la citata novella del 2014, ha esteso l'applicazione dell'istituto a quelle ipotesi – come si è visto assolutamente escluse dall'Ad. Plen. 9/2014 – di carenze concernenti i requisiti di partecipazione[\[19\]](#) richiesti a pena di esclusione (e dunque indispensabili per l'ammissione alla procedura stessa) ed ha previsto la sanatoria non solo nel caso di incompletezza della relativa documentazione, ma anche di totale omissione (“mancanza”) o di irregolarità “essenziale” della medesima (art. 38, comma 2 bis).

In sostanza, a seguito di tale intervento normativo gli operatori economici hanno conseguito il notevole vantaggio di non subire mai gli effetti negativi della decorrenza del termine decadenziale di partecipazione alla procedura, essendo esclusi, eventualmente, solo a seguito dell'inutile decorso dell'ulteriore termine (*non superiore a 10 giorni*) appositamente assegnato dall'Amministrazione per l'integrazione o la presentazione *ex novo* della documentazione e delle dichiarazioni in precedenza incomplete o omesse (art. 38 comma 2 bis).

Faceva, tuttavia, da contraltare a tale "seconda possibilità" concessa al concorrente inadempiente, (art. 38, 2 bis) l'introduzione in capo alla stazione appaltante dell'obbligo dell'applicazione nei suoi confronti (contestualmente all'attivazione del sub-procedimento di soccorso) di una sanzione amministrativa di importo non trascurabile (*"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"*).

Solo nel caso di "irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili", la stazione appaltante non avrebbe dovuto chiedere la regolarizzazione, né applicare alcuna sanzione.[\[20\]](#)

Si può affermare, in conclusione, che mediante le descritte modifiche normative apportate dal D.L. 90/2014, l'applicazione dell'istituto in esame sia stata generalizzata dal legislatore con riferimento agli incumbenti dichiarativi e documentali concernenti i requisiti (indispensabili) di partecipazione alla gara, impedendo così l'applicazione immediata della sanzione dell'esclusione per l'omissione o irregolarità gravi (essenziali) nell'espletamento di tali incumbenti,[\[21\]](#)fatte salve le ipotesi di carenza originaria dei requisiti stessi in capo all'operatore economico o di falsità delle relative documentazioni e dichiarazioni.

Peraltro, stante l'espressa previsione normativa che limitava l'applicabilità dell'istituto alle carenze degli "elementi" e delle "dichiarazioni" che devono essere rese in gara a pena di esclusione, il soccorso è stato ritenuto incompatibile con le ulteriori violazioni della disciplina di gara che comportano l'esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis (incertezza assoluta sul contenuto e provenienza della domanda di partecipazione o dell'offerta; mancanza d'integrità dei plichi contenenti l'offerta; altre irregolarità di chiusura di quest'ultimi, che, in base alle circostanze concrete faccia ritenere violata la segretezza delle offerte).[\[23\]](#)

La disciplina del soccorso istruttorio è stata, da ultimo, nuovamente riformulata – non senza qualche rilevante incongruenza[\[24\]](#) - dal recentissimo D.lgs n. 50/2016(c.d. Nuovo codice dei contratti pubblici)recante la normativa di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

In estrema sintesi si può affermare che l'intervento normativo in questione non abbia stravolto oltremodo il precedente assetto dell'istituto e che il legislatore abbia colto l'occasione del generale riassetto della disciplina dei contratti pubblici e del suo adeguamento alle sopra citate direttive europee, per chiarire alcuni aspetti problematici(peraltro nei termini già evidenziati dalla giurisprudenza) e per eliminare alcune anomalie evidenziate nella prassi applicativa.

In particolare, si evince dall'art. 83, comma 9, che: a) in via generale le carenze sanabili degli elementi della domanda e del neo introdotto Documento di gara Unico Europeo (D.G.U.E.) sono solo quelle "formali" e, quindi, il soccorso è escluso – come nel precedente regime - per carenze "sostanziali" dei requisiti di partecipazione (ossia di non possesso del requisito entro il termine di partecipazione stabilito dal bando)[25]; b) sono sanabili, come in passato, "la mancanza, l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale" dei citati documenti,[26] restando (ora espressamente) escluse le carenze dell'offerta tecnica ed economica; c) la misura della sanzione amministrativa, sempre da prevedersi nel bando e collegata alla regolarizzazione, è stata notevolmente ridotta dal legislatore (*in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 Euro*) e, soprattutto, non è più automaticamente applicabile per il mero fatto dell'esercizio del potere di soccorso, ma solo nel caso l'operatore economico – nel termine assegnato dalla stazione appaltante (sempre non superiore a dieci giorni) – decida di effettuare la regolarizzazione[27]; d) è stata confermata anche la possibilità di sanare le mere irregolarità formali (o la mancanza o l'incompletezza) delle dichiarazioni o degli elementi non essenziali della domanda, del DGUE e, si deve ritenere, anche dell'offerta tecnica ed economica – non essendo quest'ultime espressamente escluse dalla norma (come nel caso della sanatoria degli elementi essenziali) – nel qual caso, tuttavia, la sanzione amministrativa citata non è dovuta dall'operatore economico nel caso acceda alla procedura di soccorso; e) l'esclusione dalla gara del soggetto soccorso continua ad essere collegata "all'inutile decorso del termine di regolarizzazione"; d) infine, viene recepita nella disposizione in esame la nozione di "irregolarità essenziale" già elaborata dall'ANAC nella Determinazione n. 1/2015, da intendersi come "carezza" della documentazione (ovviamente concernente i requisiti richiesti a pena di esclusione) che non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Peraltro, in relazione a tale ultimo aspetto, si coglie quella che probabilmente è la novità più rilevante introdotta dal legislatore con riferimento all'istituto in esame e, che, almeno in parte tende a limitare, nella relativa disciplina, la schiacciante prevalenza del principio del *favor participationis*.

In particolare, viene espressamente esclusa la sanabilità delle citate carenze documentali (e, quindi, diversamente dal precedente regime, il soccorso istruttorio è inapplicabile) laddove vi sia un difetto della documentazione (recante le dichiarazioni concernenti i requisiti di partecipazione richiesti a pena di esclusione) che non consenta in alcun modo di discernere il contenuto o di individuare il soggetto responsabile della documentazione medesima (ad es: totale mancanza di sottoscrizione della domanda o del DGUE).[28]

2. Aspetti applicativi dell'istituto prima e dopo il nuovo codice dei contratti pubblici

Le descritte modifiche normative apportate dal d.lgs n. 50/2016 pongono all'interprete il problema di verificare se – rispetto alla precedente disciplina – possano configurarsi rilevanti

differenze nella vita pratica dell'istituto in esame, con riferimento alle principali ipotesi di carenze documentali ravvisabili in sede di gara.

Al riguardo, occorre preliminarmente evidenziare che anche nel nuovo codice dei contratti pubblici il comma 8 dell'art. 83 (come il comma 1 *bis* dell'art. 46 dell'abrogato d.lgs 163/2006) sancisce il principio di tipicità / tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità testuale delle clausole difformi contenute nei bandi.[\[29\]](#)

Ne deriva che il carattere di indispensabilità di un determinato adempimento formale o documentale continua a dipendere dalla predeterminazione normativa – in relazione ad esso - di un'espressa causa di esclusione o dalla sua implicita doverosità legale, e non può essere il frutto di discrezionalità delle stazioni appaltanti[\[30\]](#).

In via generale, quindi, si può affermare che, anche nell'assetto normativo risultante dal nuovo codice, l'applicabilità del soccorso istruttorio resta inscindibilmente legata all'eventuale ricorrenza di una fattispecie di esclusione tipizzata e, quindi, la sua operatività dipende essenzialmente da una scelta fatta a monte dal legislatore e non da scelte "a valle" della singola Stazione Appaltante.

Tornando, invece, alle fattispecie applicative concrete si può evidenziare quanto segue.

a) Con riferimento alla garanzia (o cauzione) provvisoria, che *"assolve – come noto – allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario,"*[\[31\]](#) si può ritenere che, anche alla luce dell'art. 93 D.lgs n. 50/2016, resti immutata la sua natura di documento indispensabile per la partecipazione alla gara.

Pertanto, ancorché nel bando non sia esplicitamente prevista la sanzione dell'esclusione dalla procedura in caso di carenza sostanziale del documento in parola,[\[32\]](#) questa consegue dalla natura "imperativa" della citata disposizione che -al pari dell'art. 75 dell'abrogato d.lgs 163/2006 -stabilisce tale adempimento documentale come doveroso da parte dell'operatore economico.[\[33\]](#)

Laddove, invece, la garanzia sia stata effettivamente predisposta entro il termine di scadenza della presentazione della domanda di partecipazione, ma erroneamente non allegata alla medesima, ovvero presenti irregolarità dei requisiti formali indicati dall'art. 93 (importo garantito, previsione del beneficio dell'escussione, ecc.), può intervenire il soccorso istruttorio - sostanzialmente negli stessi termini applicativi in cui operava prima della novella – consentendo al partecipante di produrre il documento omesso o di integrarne le lacune.

Alla luce dell'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83, il soccorso istruttorio si deve ritenere, invece, (attualmente) inapplicabile nell'ipotesi residuale in cui le irregolarità della documentazione concernente la garanzia provvisoria siano tali da non consentire di individuarne il contenuto o da impedire di risalire al soggetto garante.[\[34\]](#)

b) In tema di avvalimento,[\[35\]](#) l'art. 89 del D.lgs 50/2016, prevede che l'operatore economico

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

Rispetto al precedente regime normativo (art. 49 d.lgs 163/2006), il nuovo codice degli appalti non ha apportato all'istituto in questione modifiche significative, fatta salva una riduzione degli incombenti formali per il ricorso al medesimo (non sono più previsti tra i documenti da allegare quelli di cui all'art. 49, 1 comma, lett. a) ed e) d.lgs 163/2006: la dichiarazione di avvalimento dello stesso operatore economico e la dichiarazione dell'impresa ausiliaria che essa non partecipa alla gara, in proprio, associata o consorziata ad altri partecipanti)[\[36\]](#).

Con riferimento a detto istituto, possono, pertanto, ritenersi ancora validi i criteri applicativi del soccorso istruttorio elaborati dalla giurisprudenza (e dall'ANAC) immediatamente prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, con riferimento all'ipotesi di mancata produzione delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria o del contratto di avvalimento (da allegarsi obbligatoriamente in originale o copia autentica).

Quindi, mediante il soccorso istruttorio è (ancora) possibile sanare detto inadempimento dell'operatore economico (ed evitare la sua esclusione dalla procedura) qualora i documenti in questione siano già sottoscritti e perfezionati nel termine di presentazione delle offerte (carenza solo formale del requisito) e non nel caso di loro sostanziale inesistenza.

Invece, sempre in applicazione dell'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83, non sono più emendabili i vizi e le irregolarità della documentazione citata, tali da non consentire l'individuazione del loro contenuto o di risalire al soggetto (impresa ausiliaria) che ha rilasciato la dichiarazione stessa.

Parimenti, si deve ritenere ancora attuale (ed indirettamente confermato proprio dall'ultima disposizione citata[\[37\]](#)) quell'orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto inoperante il soccorso istruttorio (e pertanto valida l'esclusione dell'operatore economico ricorso all'avvalimento) nel caso di indeterminatezza dell'oggetto del relativo contratto, seppur tempestivamente prodotto.[\[38\]](#)

c) in tema di subappalto - istituto che nel nuovo codice ha trovato espressa definizione normativa[\[39\]](#)- continua ad essere previsto dal legislatore, come obbligo gravante sull'operatore economico in sede di presentazione dell'offerta, l'indicazione dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture (o delle parti di servizi e forniture) che intende subappaltare o concedere in cottimo (art. 105, comma 4 d.lgs 50/2016).[\[40\]](#)

Al riguardo, si può ancora ritenere attuale e pienamente valido quanto sostenuto

dall'ANAC[\[41\]](#) in relazione alla previgente normativa in materia e cioè che “*Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante ma non ai fini della partecipazione alla gara*”, con la conseguenza che l'omessa o erronea indicazione di tale elemento non può costituire causa di esclusione dell'operatore economico, ma, a limite, impedimento a stipulare il contratto di subappalto.

L'indicazione della quota di partecipazione è invece da ritenersi requisito essenziale di partecipazione nelle ipotesi in cui l'operatore economico, non essendo qualificato per effettuare una parte della prestazione, intenda colmare tale lacuna, subappaltandone l'esecuzione ad un'impresa in possesso dei requisiti speciali (c.d. subappalto necessario).

In tal caso – secondo l'ANAC[\[42\]](#) - l'eventuale omessa o erronea dichiarazione in ordine alla quota di lavori da subappaltare rileverebbe come causa di esclusione non emendabile con il soccorso istruttorio, atteso che, il subappalto consente al partecipante di acquisire il necessario requisito di partecipazione e che, ove si procedesse con la sanatoria, tale acquisizione avverrebbe “*ex post*”, rispetto al termine di partecipazione alla procedura, in violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti, consentendo, altresì, un'illegittima estensione del perimetro applicativo dell'istituto in esame alle carenze “sostanziali” dei requisiti di accesso alla gara.

Quanto all'indicazione del nominativo del subappaltatore, la giurisprudenza prevalente[\[43\]](#) e la stessa ANAC avevano concluso per la sua non indispensabilità, anche con riferimento alle ipotesi di subappalto necessario[\[44\]](#), non essendo tale incumbente obbligatorio ai sensi della previgente normativa.

Atteso che, invece, l'attuale disciplina del subappalto (art. 105, comma 6 D.lgs 50/2016) espressamente prevede, per la maggior parte degli affidamenti, l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori da parte dell'operatore economico che intenda avvalersi dell'istituto (già all'atto della domanda di partecipazione) si pone il problema di stabilire se, in caso di omissione o erroneità della relativa dichiarazione, trovi spazio l'applicazione del soccorso istruttorio, ovvero, al contrario, l'inadempimento non sia sanabile e, dunque, comporti l'esclusione del partecipante *sic et simpliciter*.

Al riguardo, occorre rilevare che l'indicazione – in fase di presentazione dell'offerta - della terna di subappaltatori sembrerebbe un adempimento meramente formale, atteso che, da un lato, tale incumbente non comporta ancora la scelta definitiva del subcontraente, né è funzionale ad un eventuale sindacato preventivo da parte della stazione appaltante circa i requisiti di ordine generale ex art. 80 d.lgs 50/2016 o di specifica qualificazione di quest'ultimo.

Infatti, tanto l'individuazione dell'impresa subappaltatrice, quanto le verifiche su quest'ultima sono differite dal comma 7 dell'art. 105 al momento del deposito da parte dell'affidatario (quindi dopo l'aggiudicazione) del contratto di subappalto.[\[45\]](#)

In sostanza sembrerebbe che la rilevanza dell'indicazione dei subappaltatori emerga solo

dopo l'aggiudicazione, tanto è vero che il comma 12 dell'art. 105 riconosce all'"affidatario" (e non al mero partecipante alla gara) la facoltà di sostituire il subappaltatore prescelto con un altro della terna, nel caso venisse riscontrata in relazione al medesimo la mancanza dei requisiti ex art. 80.[\[46\]](#)

Pertanto, attesa la natura formale dell'obbligo di indicazione della terna (in quanto come detto non sembra concernere un vero e proprio requisito sostanziale da possedere inderogabilmente prima della scadenza del termine di partecipazione alla gara) si deve ritenere che l'eventuale carenza o irregolarità della relativa dichiarazione possano essere sanate mediante la procedura di cui all'art. 83 d.lgs 50/2016.

3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può affermare che a seguito del D.lgs n. 50/2016 non si sono verificati particolari stravolgimenti della precedente disciplina del soccorso istruttorio.

In particolare, il legislatore si è limitato a definire più compiutamente il perimetro applicativo dell'istituto in parola - recependo, a tale riguardo, la maggior parte dei principi elaborati dalla giurisprudenza formatasi prima della citata novella legislativa – nonché a puntualizzare alcune ipotesi "limite" di vizi formali della documentazione rispetto alle quali è stata sancita la non operatività del medesimo.[\[47\]](#)

In conclusione, le principali novità che si registrano in relazione all'istituto in esame sono dovute soprattutto a cause "esogene", ossia alle modifiche che il legislatore ha apportato ad altri istituti della disciplina in materia di contratti pubblici (come si è avuto modo di evidenziare nel caso del subappalto) che hanno comportato nuove concrete fattispecie applicative di soccorso.

4. Bibliografia

R. Galli. Nuovo corso di diritto amministrativo. Tomo I-II, Edizione VI, CEDAM, 2016.

F. Lacava, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti da parte della stazione appaltante; il soccorso istruttorio e la sua evoluzione*. In Appalti e Contratti pubblici, I ed. CEDAM,.

S. Calvetti. *Indeterminatezza del contratto di avvalimento e soccorso istruttorio – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2016,4,445.

A. Longo e E. Canzonieri. *La plenaria si pronuncia in materia di subappalto necessario ed oneri di sicurezza: l'Adunanza Plenaria esclude l'obbligo di preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore*. In *urbanistica e Appalti*, 2016,2,167.

F. Caringella, *Manuale di diritto Amministrativo*, IX edizione, Dike Giuridica Editrice, 2016.

F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici*, II edizione, Dike Giuridica Editrice, 2015. vedi anche F. Caringella - P.Mantini - M. Gisutinaini. *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, Dike editrice, 2016

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

R. Galli. *Nuovo corso di diritto amministrativo*. Tomo I-II, Edizione VI, CEDAM, 2016, Pag. 1236.

R.Galli, *ibidem*.

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

[5] In tale ottica il soccorso istruttorio è espressione ed attuazione del principio di derivazione comunitaria di massima concorrenza (Artt. 101 e ss T.U.E.).

[6] Norma che ricalca il dettato dell'art. 27 della direttiva 71/305/CEE.

[7] E, quindi, relativi ai requisiti di ordine generale, di idoneità professionale, di qualificazione con riferimento agli appalti di lavori, alla capacità tecnica ed economica dei fornitori e dei prestatori di servizi, al rispetto dei criteri minimi ambientali, all'iscrizione in albi o elenchi.

[8] In quanto principio ritenuto funzionale ad implementare – in tempi di grave crisi economica – il settore degli appalti pubblici.

[9] Peraltro, il D.L. n. 70/2011 ha inciso sulla possibilità della Stazione appaltante di stabilire clausole di esclusione atipiche, ma non ha limitato il suo potere discrezionale di individuare i requisiti di partecipazione alla procedura di gara di ordine generale e speciale, che rimane sottoponibile al sindacato del G.A. sotto i profili estrinseci della ragionevolezza e della proporzionalità – logicità, rispetto all'oggetto dell'affidamento stesso. Ne deriva che non è automaticamente *contra legem* una clausola di esclusione collegata all'omessa dimostrazione o attestazione di un requisito di partecipazione ancorché più rigoroso rispetto allo standard per una tipologia di affidamento, ove rispetto alle circostanze del caso concreto, tale requisito più stringente risulti ragionevole e proporzionato. Sul punto si veda F.Lacava, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti da parte della stazione appaltante; il soccorso istruttorio e la sua evoluzione*. In Appalti e Contratti pubblici, I ed. CEDAM, pag. 31 e ss..

[\[10\]](#) V. nota 4.

[\[11\]](#) La richiamata sentenza Ad. Plen. n.9/2014 afferma l'applicabilità del principio di tassatività legale e di stretta interpretazione delle clausole di esclusione solo con riferimento alle procedure di affidamento di contratti pubblici regolate dal d.lgs. n. 163/2006. Relativamente alle altre procedure di gara, la stazione appaltante può continuare a prevedere clausole di esclusione atipiche, la cui legittimità deve essere valutata caso per caso, con riguardo ai principi di necessità, proporzionalità ed adeguatezza di tale sanzione rispetto l'inadempimento cui è collegata (dovrà ritenersi di norma illegittima una clausola di esclusione che si attivi in relazione ad inadempimenti meramente formali, come ad es: quelle che sanzionano la mancata sottoscrizione di ogni singola pagina dell'offerta).

[\[12\]](#) La nullità deve però essere rilevata in via di autotutela dalla stazione appaltante o mediante l'apposita azione giurisdizionale sottoposta al termine di decadenza di 180 giorni, di cui all'art. 31, comma 4, CPA.

[\[13\]](#) Cfr: Ad. Plenaria n. 9/2014. La pronuncia in questione dirime – tra l'altro - il contrasto ingeneratosi nello stesso Consiglio di Stato tra l'orientamento interpretativo sostanzialista (Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 583; sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5883) sull'applicazione delle cause di esclusione, per il quale tale sanzione poteva essere disposta solo in caso di effettiva carenza del requisito di partecipazione (ovvero di sua falsa dichiarazione come espressamente previsto dall'art. 45 della direttiva 2004/18/) e l'orientamento più formalista (ritenuto prevalente dall'Adunanza Plenaria) per il quale anche l'incompletezza delle dichiarazioni deve ritenersi di per sé lesiva dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa e, quindi tale da giustificare l'esclusione del partecipante e l'inoperatività del soccorso istruttorio (Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471, Cons. St., sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198).

V. nota precedente.

[15] Sempre con specifico riferimento a quello applicabile alle procedure di affidamento regolate dal d.lgs. n. 163/2006.

[16] Ad Plen. N. 9/2014.

[17] Correttamente si è sostenuto che “nel caso non sussista alcun problema di incertezza interpretativa, il principio del *favor participationis* è destinato a cedere di fronte all’obiettiva regola dell’imparzialità”. F.Lacava, op cit. Più in generale, la sanzione dell’esclusione non può essere comminata e l’integrazione della documentazione e delle dichiarazioni deve essere consentita, in ogni ipotesi in cui l’omissione alle richieste dalla *lex specialis* dipenda non da negligenza dell’operatore economico, ma da errori commessi dalla stazione appaltante nel predisporre gli atti di gara, dovendosi tutelare in questo caso il legittimo affidamento del partecipante. Cfr. Tar Umbria, sez. I, 1 aprile 2011, n. 103 e Tar Molise, 14 maggio 2010, n. 213.

[18] E, quindi, condividendo l’interpretazione “sostanzialista” di quel filone giurisprudenziale che, come accennato nella nota n. 13, era stato, invece, disatteso dall’Ad. Plen. n. 9/2016.

[19] “*anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.*”

La mancata precisazione da parte del legislatore dei concetti di “irregolarità essenziale” e di “indispensabilità” delle dichiarazioni o degli elementi da produrre a corredo della domanda di

partecipazione alla gara, ha comportato l'adozione da parte dell'ANAC - mediante Determinazione 1/2015 - di apposti "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. In particolare tale intervento ermeneutico si è reso necessario per evitare "comportamenti disomogenei nell'applicazione delle normativa citata e, quindi, per consentire un'applicazione uniforme della stessa, da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore". Secondo l'Autorità, "È ragionevole ritenere che con la nozione di irregolarità essenziale il legislatore abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice." Inoltre "Deve rilevarsi la possibilità che siano presenti irregolarità o carenze della dichiarazione che non possono considerarsi essenziali ma nel contempo non sussumibili neanche nella categoria delle non essenziali e non indispensabili, (...). In tal senso viene in rilievo un tertium genus che riguarderebbe, per lo più ipotesi di completamento o chiarimento delle dichiarazioni e dei documenti presentati, in ordine ai quali deve ritenersi possibile, per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio, senza irrogare alcuna sanzione pecuniaria. Si tratterebbe in tal caso di irregolarità non essenziali ma che tuttavia afferiscono ad elementi indispensabili se considerati sotto il profilo della celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede, e che la stazione appaltante può, in ogni caso, richiedere ai sensi dell'art. 46, comma 1 del Codice, non modificato dalla nuova disciplina del soccorso istruttorio."

²Cfr. Determinazione ANAC 1/2015.

[22]Al riguardo, si legge sempre nella Determinazione ANAC 1/2015 "La finalità della disposizione è sicuramente quella di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali - ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni - imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda, e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante (in tal senso, Ad. Pl. Cons. St. n. 16/2014 cit.)". Volendo esemplificare: 1) nel caso l'operatore economico non abbia allegato alla documentazione di gara la ricevuta del pagamento del contributo ANAC previsto per la partecipazione alle gare che superino

determinate soglie di valore, questi potrà giovare del soccorso istruttorio, solo nel caso l'incombente in questione sia stato effettuato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma non nel caso di pagamento tardivo.2) Nel caso di omessa dichiarazione del requisito dell'assenza di condanne penali prescritto dal comma 1, lett. c) dell'art. 38 dell'abrogato d.lgs 163/2006 ed ora dall'art. 80 del d.lgs 50/2016, il soccorso istruttorio trova applicazione ove si versi in ipotesi di assenza totale della dichiarazione sia positiva che negativa o per consentire il completamento di dichiarazioni positive generiche (ad es: se l'operatore economico ha affermato di aver subito condanne, senza specificare i relativi reati commessi), mentre non può essere utilizzato per indicare condanne (intenzionalmente) taciute in prima battuta.

[23] V. nota n. 20.

[24] Cfr Parere del Consiglio di Stato n. 855/2016 sullo schema del Decreto Legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11;":*"Il comma in esame (il quale peraltro riprende in massima parte il contenuto del d.lgs. 163 del 2006, art. 38 co. 2-bis in tema di c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento') appare di dubbia conformità con la previsione delle legge delega, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda" (lettera z). Al di là della condivisibilità o meno di questa scelta del legislatore (che sembra eliminare un deterrente indubbiamente responsabilizzante per le imprese) non si può riproporre il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento' di cui all'attuale art. 38, co. 2-bis dell'abrogando codice. In questa prospettiva, anche al fine di rispettare il fondamentale criterio di semplificazione imposto dalla delega, si suggerisce di prevedere due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria. Al primo periodo (anche per evitare contrasti in sede applicativa) si suggerisce di eliminare la possibilità di sanare con il c.d. 'soccorso istruttorio' la "mancanza (...) dei requisiti". Ed infatti, tale previsione è obiettivamente perplessa e sembra ammettere che sia possibile per il concorrente dotarsi anche successivamente di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto. Se la volontà è quella di fare riferimento a "elementi" di carattere solo dichiarativo, allora la cosa deve essere esplicitata con chiarezza."*

[25] Ne deriva che continua ad essere emendabile solo l'errore materiale della mancata

allegazione della dichiarazione o commesso nella dichiarazione concernente il requisito essenziale di partecipazione;

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

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

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

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

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

[31] Determinazione ANAC 1/2015. Come si è già accennato (v. nota 26) con il nuovo codice dei contratti, la cauzione ha perso la funzione di garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria collegata all'espletamento del soccorso istruttorio.

[32] Ossia di mancata richiesta della garanzia nel termine di scadenza della presentazione delle offerte.

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

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

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

[36] Peraltro, il comma 7 dell'art. 89 prevede espressamente l'esclusione nel caso l'avvalimento riguardi un'impresa che partecipa alla gara, salvo il caso di impresa del medesimo RTI, ovvero qualora più concorrenti si avvalgano della stessa impresa ausiliaria (pluriavvalimento).

[37] In relazione a quanto disposto in caso di indeterminatezza del contenuto dell'atto.

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

[39] “il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto” - art. 105, comma 2, d.lgs n. 50/2016.

[40] Tale incumbente era previsto nel codice abrogato dall'art. 118, comma 2, n.1. Rispetto alla disciplina previgente, le principali differenze introdotte con il d.lgs n. 50/2016 riguardano: a) la necessità che la facoltà di subappalto sia espressamente prevista nel bando di gara (art.

105, comma 4, lett. b); l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria (e per gli appalti sottosoglia se la stazione appaltante lo abbia previsto nel bando (comma 6); c) la possibilità di sostituire il subappaltatore nel caso dalle verifiche effettuate dalla stazione appaltante risulti carente dei requisiti di cui all'art. 80 (comma 12); d) l'indicazione normativa espressa di quelle categorie di forniture e servizi strumentali all'esecuzione della prestazione oggetto del contratto principale che non si possono configurare come subappalto (comma 3).

[\[41\]](#) Determinazione ANAC n. 1/2015.

[\[42\]](#) Determinazione 1/2015.

[\[43\]](#) Si veda, CDS, Ad Plen. 2/11/2015, n. 9.

[\[44\]](#)A. Longo e E. Canzonieri, *la plenaria si pronuncia in materia di subappalto necessario ed oneri di sicurezza: l'Adunanza Plenaria esclude l'obbligo di preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore*. In *urbanistica e Appalti*, 2016,2,167. Gli Autori evidenziano il contrasto giurisprudenziale – risolto dall'Ad Plenaria n. 3/2015, tra la tesi “sostanzialista” che riteneva essenziale l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, attesa la necessità per la Stazione Appaltante di “valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto ai fini della corretta esecuzione del contratto” e la tesi formalistica (preferita dalla Plenaria) in base alla quale tale indicazione non è prevista dalla legge e, quindi, in applicazione dei principi generali “*in claris non fit interpretatio*” ed “*ubi lex dixit voluit, ubi colui tacuit*”, l'inadempimento all'incombente in parola (anche se effettivamente opportuno) non può comportare l'applicazione della sanzione espulsiva.

[45] E d'altra parte solo in tale momento si specifica la scelta del subappaltatore tra quelli della terna inizialmente indicata e non avrebbe senso fare verifiche su soggetti ancora non formalmente investiti della stipula del subappalto

[46] Essendo prevista la sostituzione solo per l'ipotesi di carenza in capo al subappaltatore prescelto dei requisiti di "moralità", si pone il problema di stabilire se anche l'accertata carenza degli altri requisiti – ove non posseduti dall'affidatario – possa consentire la sostituzione con altro subappaltatore della terna.

[47] Si tratta delle "carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".