

## IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: UN RAPPORTO TORMENTATO TRA PRINCIPI DELLA GARA.[\[1\]](#)

di Dario Sammarro

*www.ratioiuris.it*

4.12.2017

**Sommario-** 1. *Premessa: lo stato dell' arte – 2.L' art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016-* 3. *Dalla teoria alla pratica-* 4. *Considerazioni conclusive.*

1. Una delle massime espressioni del principio di leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privato[\[2\]](#), il soccorso istruttorio[\[3\]](#), ancor prima di rivestire un ruolo centrale in una peculiare fase del sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici[\[4\]](#), è un istituto generale del procedimento amministrativo. Il responsabile del procedimento amministrativo, infatti, nell' esercizio dei suoi compiti, può richiedere il rilascio di dichiarazioni, la rettifica delle stesse o delle istanze erranee o incomplete, ogni qual volta ciò sia funzionale al sollecito svolgimento dell'istruttoria[\[5\]](#).

Tuttavia, se nella legge che disciplina il procedimento amministrativo il ricorso a tale istituto di matrice comunitaria[\[6\]](#) si atteggia come una mera facoltà della PA, nel codice dei contratti[\[7\]](#) rappresenta, come brillantemente sostenuto da una certa giurisprudenza, un “doveroso ordinario *modus procedendi*”[\[8\]](#).

Si precisa che, in linea generale, il soccorso istruttorio interviene ogni qual volta sia necessario colmare alcune lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori nell' acquisizione degli elementi necessari all' adozione del provvedimento finale[\[9\]](#); nel particolare settore dei contratti pubblici ( settore sotto la lente d'ingrandimento in questa sede), la *ratio* del soccorso istruttorio è da rinvenire, invero, nella volontà di soddisfare l' esigenza, ormai comune, di consentire la massima partecipazione alla gara, guidando l' *agere* amministrativo sulla corretta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, smorzando, di tal guisa, il rigore delle forme.

L' istituto in parola, corollario del *favor participationis*[\[10\]](#), nel corso della sua esistenza si è spesso scontrato, e forse ancor si scontra, con due principi che, seppur sorreggono l' intera procedura ed evidenza pubblica egualmente al predetto, con esso si pongono frequentemente in antitesi; ci riferisce al principio di *par condicio*[\[11\]](#) ed al *principio di autoresponsabilità*[\[12\]](#) dei concorrenti.

Agli albori del d.lgs. 163/2006 se i secondi sembravano prevalere sul primo, oggi, la situazione pare essersi progressivamente ribaltata.

Nella sua originaria definizione normativa, contenuta nell' art 46, comma 1 de d.lgs. 163/2006[\[13\]](#) il soccorso istruttorio operava solo in relazione alle ipotesi di incompletezza od oscurità del significato di documenti, dichiarazioni o certificazioni già presentate dall' operatore economico e concernenti i requisiti di partecipazione richiesti dalla legge o dal bando di gara: non poteva mai

azionarsi al fine di sanare la totale carenza dei predetti documenti; non poteva mai operare con riguardo a requisiti espressamente richiesti dalla normativa vigente a pena di esclusione[14]. La diffidente giurisprudenza dell'epoca, peraltro, guardava con fare sospetto ad un potenziale ampliamento del perimetro operativo dell' istituto *de quo*. [15]

Una tappa importante è rappresentata dal d.l. 13.05.2011 n. 70. Tale decreto ha introdotto nel Codice degli Appalti il comma 1- bis dell' art. 46[16], introducendo il principio della tassatività delle cause di esclusione. Così facendo, il legislatore ha silenziosamente delineato il volto del soccorso istruttorio, inoperante, *de facto*, con riferimento a quegli incombeni previsti dalla predetta norma, a pena d' esclusione[17].

In tale contesto normativo, il provvedimento che ha scosso le acque in *subiecta* materia è il Decreto Legge 24.06.2014 n. 90, poi convertito nella L. 114 del 2014[18].

Il Legislatore del 2014, il quale ha voluto fortemente superare le cause di esclusione meramente formali, prevedendo una sola sanzione economica a favore della stazione appaltante, in caso di incompletezza delle dichiarazioni[19], ha generalizzato l'applicazione dell'istituto in esame; il soccorso istruttorio è stato esteso, difatti, con riferimento agli incombeni dichiarativi e documentali concernenti i requisiti di partecipazione alla gara, questa volta sì, richiesti a pena di esclusione. Il dato sostanziale iniziò così ad imporsi con prepotenza sulla rigidità del formalismo[20].

L' attento lettore tenga ben presente, però, che nei vari cambi di prospettiva vi è sempre una costante: l' operatività del soccorso istruttorio con riferimento alle sole carenze formali della domanda. L' istituto del quale si discorre, ieri come oggi, non hai operato per le ipotesi di carenza assoluta dei requisiti di partecipazione alla gara, non posseduti dall' operatore economico entro il termine di presentazione delle offerte[21].

2. Al fine di rispondere a quegli obiettivi, ambiziosi, perseguiti dalle direttive comunitarie n. 23, 34, 25 del 2014[22], nell' ottica della semplificazione delle procedure e dello snellimento dei procedimenti, il soccorso istruttorio ha subito recentemente delle rilevanti modificazioni. L' avvento del d.lgs. 50/ 2016[23] ha ridisegnato taluni tratti dell' istituto in parola; il d.lgs. 56/2016[24], che ha da poco trovato cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, ha, a sua volta, ulteriormente ridefinito l' aspetto dell' istituto in questione[25].

L' art. 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016[26]– ante correttivo- ha modificato l'entità della sanzione da irrogare al concorrente regolarizzante[27], prevedendo due tipologie di irregolarità sanabili: quelle sanabili, seppur essenziali, [28] e quelle meramente formali[29]. Le prime passibili di sanzione; le seconde no.

Per ciò che concerne i limiti all' operatività del soccorso istruttorio , il legislatore ha imposto l' impossibilità di estendere l' istituto a quelle carenze della documentazione che non consentono *radicalmente l' individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*[30] ed inoltre *a tutte quelle carenze dell' offerta tecnica ed economica*[31].

Il correttivo al codice, per sua parte, ha agito su due aspetti essenziali della disciplina, senza tuttavia stravolgerla: a) ha soppresso ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione[32]; b) ha eliminato l'operatività del soccorso istruttorio nelle ipotesi di irregolarità formali della domanda[33].

La norma nella sua versione definitiva, così dispone: “ *Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’ art. 85[34], con esclusione di quelle afferenti all’ offerta economica e all’offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.*”

3. Delineato il quadro normativo in *subiecta* materia, ai fini di maggior chiarezza espositiva, giova volgere lo sguardo ad una serie di casi pratici, utili a comprendere materialmente le differenze intercorrenti tra le varie graduazioni delle irregolarità. Il punto di partenza al fine di poter connotare un’ irregolarità essenziale quale non sanabile con il soccorso istruttorio, ci viene dato dal giudice amministrativo, il quale circoscrive tali irregolarità, come superiormente accennato, alle ipotesi di impossibilità “assoluta” di individuazione del contenuto o dell’ oggetto delle dichiarazioni: ““(…) *ne discende che devono intendersi “irregolarità essenziali non sanabili”, soltanto quelle che non consentano neppure di ricostruire il contenuto o di risalire all’ autore delle dichiarazioni, come nel caso della mancanza di sottoscrizione, risultando in tal caso sostanzialmente inesistenti e perciò prive di quelle connotazioni minime per poter essere oggetto di regolarizzazione. La norma cioè consacra la regola generale della sanabilità delle carenze della domanda in coerenza 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”.*[35] Ne discende che irregolarità essenziali sanabili, sono tutte le residuali tipologie di irregolarità, non particolarmente incidenti sull’ individuazione dell’ oggetto e del contenuto della domanda. Per esempio, con riferimento alla mancata sottoscrizione dell’ istanza di partecipazione alla gara il giudice amministrativo si è mantenuto su posizione rigide[36]; sanabili sono state considerate, invece, le irregolarità vertenti sul’ omessa allegazione del documento d’ identità o del *curriculum vitae* del concorrente[37].

Ancora, a titolo esemplificativo, si riportano delle pronunce del giudice amministrativo vertenti sull’ omissione della garanzia provvisoria[38]; sulle dichiarazioni del legale rappresentate di assenza dei pregiudizi penali di terzi[39]; su particolari carenze dei requisiti del DGUE[40].

Discorso a parte meritano le carenze dell’offerta tecnica ed economica, che a differenza di quanto previsto dalla norma previgente, oggi non sono mai e poi mai suscettibili di integrazione documentale : “ *la nuova norma esclude in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l’ offerta.*”[41]

In estrema sintesi si può affermare che si ha soccorso istruttorio: a) per carenza formale della domanda, delle dichiarazioni rese sul possesso dei requisiti dei requisiti b) esclusivamente in relazione agli obblighi previsti dalla legge ( e dalla legge di gara) a pene di esclusione o all’ inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione ( tipicità e tassatività delle cause di esclusione); c) mai per integrazione tardiva di un requisito mancante *ab origine*[42]; d) mai per e) mai per elementi dell’ offerta tecnica e/o economica.

4. Alla luce delle considerazioni superiormente esposte, se da un lato si accoglie con estremo favore l' esclusione dalla procedura di sanatoria delle carenze formali " non essenziali" (ossia quelle carenze che non influiscono sull' ammissibilità della domanda e che permettono pertanto di valutare tutti gli aspetti essenziali dell' offerta), evitando così un inutile aggravio procedimentale, alcune perplessità permangono, invece, con riguardo all' eliminazione della sanzione.
- A tal riguardo, si può asserire che il legislatore si sia limitato a definire più accuratamente il perimetro applicativo dell' istituto in parola, adeguando la normativa nazionale alle indicazioni comunitarie. L' eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento si pone adesso in armonia con la previsione della lett. z della legge delega n. 11 del 2016, che prevede forme " *di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda*". Se per un verso, dunque, viene eliminato un gravoso onere economico in capo all' operatore economico, per altro verso, però, l' eliminazione della sanzione priva il sistema dell' unico strumento di deterrenza esistente. Ciò potrebbe implicare il diffondersi di comportamenti poco virtuosi degli operatori, i quali, liberi dalla " spada di damocle" della sanzione, potrebbero, con maggior facilità, peccare di incuria nella presentazione della relativa documentazione .

Peraltro, in tale prospettiva, non sarebbe forse lo stesso principio di "autoresponsabilità dei concorrenti", così tanto invocato dagli oppositori all' espansione del soccorso istruttorio, a poter subire un eccessivo ed irrazionale ridimensionamento ?

È auspicabile, dunque , un intervento legislativo che sia teso a scoraggiare coattivamente comportamenti negligenti, anche e soprattutto, nell' ottica di quello snellimento delle procedure tanto auspicato, anch' esso, potenzialmente messo a repentaglio da un ricorso al procedimento di soccorso istruttorio svincolato da qualsiasi penalità.

Se è vero come è vero che il problema della comunicazione è " il problema dei modi di organizzazione che consentono di agire su una struttura di disuguaglianze mettendo in questione, negativamente o positivamente, i valori che la reggono[43]", è essenziale che la collaborazione tra il privato e l' amministrazione pubblica sia rigorosamente ispirata a criteri di correttezza reciproca, soprattutto nella delicata fase di selezione dei concorrenti, nel fermo rispetto dell' interesse pubblico, quale stella polare sempre illuminante.

[1] Si ringrazia il Prof. Renato Rolli per aver revisionato il presente lavoro.

[2]E' nella sentenza della Consulta n. 214 del 1988 che per la prima volta il principio di leale collaborazione viene qualificato proprio come corollario del più ampio principio costituzionale di buon andamento, fonte ispiratrice e di legittimazione di disposizioni normative atte a prevedere strumenti o comunque forme di raccordo o di coordinamento paritario (intese, consultazioni, ecc.) fra Stato e Regioni.

[3] Sul soccorso istruttorio, si v. : S. Calvetti. *Indeterminatezza del contratto di avvalimento e soccorso istruttorio – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2016,4,445; . 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; 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; F. Laudante, *Il soccorso istruttorio e l'insostenibile incertezza del diritto*, in *Filodiritto*, 2016; S, Cadeddu, *Il "soccorso istruttorio" nelle gare d'appalto*, in *Bird & Bird*, 2015; M. Urbani. *Il nuovo soccorso istruttorio " a pagamento"* in *Appalti pubblici*, Bollettino di Legislazione Tecnica 2/2015; F. Panzone, *Il nuovo soccorso istruttorio*, *Appalti e contratti*, in *diritto.it*, 2016; A. Nicodemo, A. Petronelli, *La cauzione provvisoria negli appalti pubblici: problematiche attuali in vista del nuovo codice*, in *Giustamm. N.* 2-2916; A. Marincolo, *Oneri di sicurezza azinedali; la Plenaria corregge gli effetti distorsivi della pronuncia n. 9 del 2015 in attesa della CGUE. E il nuovo codice degli appalti?*, in *Giustamm. n.* 9-2016;

[4] Ossia nella fase di selezione delle offerte.

[5] Art. 6 della L. 241/1990 6, primo comma, lett. b

[6] Introdotto dalla direttiva del Consiglio n. 71/305 CEE del 26/07/1971, il soccorso istruttorio si concretizzava con il potere riconosciuto in capo all' amministrazione aggiudicatrice di " invitare l' imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli."

[7] Sui contratti pubblici è ampia la letteratura, un rinvio, seppur parziale, sia consentito a :A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008; M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010; F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010; A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 652; G. Iudica, A. Carullo, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2011; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014; F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello (28-29 giugno 2013)*, Milano, 2014.

[8] Adunanza Plenaria, Cons. Stato, 25.02.2014, n.9.

[9] Ci si riferisce al provvedimento d' esclusione dalla gara nella gara.

[10] Principio che consiste nell'interesse pubblico all'ampliamento della platea delle imprese in gara.

[11] La garanzia della parità di condizioni e di trattamento da adottare da parte della stazione appaltante nei confronti degli operatori economici.

[12] Principio in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione.

[13] “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”

[14] Per una puntuale disamina si v., Leonardo Cipriano, *Il nuovo volto del soccorso istruttorio* in ItaliaAppalti.it

[15] Cfr. Ad. Plenaria n. 9/2014, Con. Stato, secondo il quale l’ allargamento del soccorso istruttorio “avrebbe potuto alterare la par condicio tra gli operatori economici e violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell’azione amministrativa, eludere la natura decadenziale dei termini di 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 nella presentazione della documentazione.”

[16] In base al quale: “ La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”

[17] Il soccorso istruttorio è un vero e proprio obbligo e non una mera facoltà per la stazione appaltante. Si v. Consiglio di Stato, sentenza n. 1222 del 25.02.2013; Consiglio di Stato, sentenza n. 4370 del 2.09.2013

[18] “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari.”

[19] Il d.l. 90/2014, conv. con mod. in l. 114/2014 ha modificato con l’ art.39, rubricato “ semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici” gli articoli 38 e 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che si riferiscono, rispettivamente ad i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari ed anche la tassatività delle cause di esclusione. Le predette norme così recitavano: a) art. 38, comma 2 *bis* : “ La mancanza, l’ incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa, al pagamento in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’ uno per mille e non superiore all’ uno per cento del valore della gara e non superiore a 50.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto ed i soggetti che le devono rendere nel caso di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, ne applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara”.; art. 46, comma 1 *ter*: “ le disposizioni di cui all’ articolo 38, comma 2 *bis*, si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge, al bando e al disciplinare di gara.”

[20] In concreto, fu impedita l' applicazione immediata dell' esclusione per l' omissione o irregolarità gravi nell' espletamento di tali incumbenti, fatte salve le ipotesi di carenza originaria dei requisiti stessi in capo all' operatore economico o di falsità delle relative documentazioni e dichiarazioni.

[21] Carenze, queste, che se venissero sanate comporterebbero una ingiustificata violazione, questa volta sì, della *par condicio* ed inoltre un *vulnus* alla trasparenza della gara stessa

[22] Sulle scorte delle quali nasce il d.lgs. 50/2016

[23] Sulla normativa, tra i tanti: E.Viterbo, *Il nuovo codice degli appalti, tra novità e criticità* in Italiappalti.it; M. Corradino, S. Sticchi Damiani ( a cura di) , *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 59*, Giuffrè Editore, Milano; G.A. Benacchio, M. Graziadei ( a cura di) , *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e privato. Atti del IV Convegno nazionale SIRD*, 24- 26 settembre 2016 Trento; V. Vecchi, V. Leone, *Partnership Pubblico Privato. Una guida manageriale, finanziaria e giuridica*, 2016, Egea, Milano; R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2016; I. Filippetti, *Nuovo Codice appalti, da oggi si valutano le aziende*, in [www.forumpa.it](http://www.forumpa.it), 2016; R. Galli. *Nuovo corso di diritto amministrativo*. Tomo I-II, Edizione VI, CEDAM, 2016.

[24] Per un approfondimento si v. Parere del Consiglio di Stato, n. 782 del 2017.

[25] Sulla Gazzetta ufficiale del 05/05/2017, n. 103- Supplemento Ordinario n. 22- è stato pubblicato il D.Leg.vo 19/04/2017 n. 56, cosiddetto “ Correttivo” al Codice dei contratti pubblici. Il provvedimento è entrato in vigore il 20.05.2017 ( 15 giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta). Il decreto è composto da 131 articoli, che dispongono numerose correzioni ai 220 articolo del d.leg.vo 50/2016. Le modifiche proposte sono mirate a perfezionare l' impianto normativo senza intaccarlo, con lo scopo di migliorare l' omogeneità, la chiarezza e l' adeguatezza, in modo da perseguire l' obiettivo dello sviluppo del settore che la legge delega, n. 11/2016 si era prefissata

[26] “ Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La mancanza, l' incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all' art. 85, con esclusione di quelle afferenti all' offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all' uno per mille e non superiore all' uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l' individuazione del contenuto e del soggetto responsabile della stessa.”

[27] Limitandola nel massimo ad euro 5.000 e non più 50.000.

[28] Si fa riferimento a quelle irregolarità identificabili in quelle che, pur non presentando le caratteristiche di quelle non sanabili, influiscono sulla determinazione dei contenuti del documento presentato.

[29] Sui concetti di “irregolarità essenziale” e di “indispensabilità” delle dichiarazioni o degli elementi da produrre a corredo della domanda di partecipazione alla gara, si segnala l'adozione da parte dell'ANAC – mediante la 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, (*ergo*, le sanabili). 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.” Un caso pratico di irregolarità formale può essere rappresentato dalla mancata indicazione della posizione INPS ai fini della regolarità contributiva oppure alla mancata indicazione dell’indirizzo dell’Agenzia delle Entrate territorialmente competenti per la verifica del rispetto degli obblighi tributari.

[30] « La mancata sottoscrizione dell’ offerta tecnica, che costituisce uno dei documenti integranti la regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara.» Si v. TAR Lazio, Roma, sez. III – quater, sentenza n. 19902/2016

[31] Si pensi al mancato inserimento del progetto nella busta tecnica. Le carenze dell’ offerta tecnica ed economica non sono mai sanabili, indipendentemente dalla tipologia di carenza.

[32] Adeguandosi così alla previsione della lett. z della legge delega, 11/2016, che prevede forme di “ *integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda.* ”

[33] Ci si riferisce a quelle irregolarità, in precedenza, sanabili ma non sanzionabili e che non incidono neppure minimamente sugli aspetti essenziali dell’ offerta.

[34] Il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell’operatore economico i non trovarsi in una delle situazioni nelle quali gli operatori economici devono o possono essere esclusi, di soddisfare i pertinenti criteri di selezione e di rispettare, se del caso, le norme e i criteri oggettivi fissati al fine di limitare il numero dei candidati qualificati fa invitare a partecipare. Il DGUE» è finalizzato a ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi a criteri di esclusione e di selezione»

Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica, in ottemperanza all’ art. 59, paragrafo 2, secondo comma della direttiva 2014/24/UE; l’ applicazione di tale disposizione può però essere rinviata al più tardi fino al 18 aprile 2018. Ciò significa che le due versioni del DGUE, quella interamente elettronica e quella su carta, possono coesistere al più tardi fino al 18 aprile 2018. Per l’ utilizzo nelle procedure di appalto per le quali l’ utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici è stato rinviato il servizio DGUE permette agli operatori economici di stampare il DGUE compilato elettronicamente per ottenere un documento cartaceo che può quindi essere trasmesso all’



amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore mediante mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici.

[35] T.A.R. Campania, Salerno, 10 gennaio 2017 n. 106

[36] “Deve trattarsi di firma autografa, e non fotocopiata o prestampata, in quanto solo la diretta apposizione da parte del dichiarante può valere a ricondurre il contenuto del documento a lui. Non rileva l'allegazione del documento di identità, che funge da strumento sostitutivo dell'autenticazione di una sottoscrizione effettiva, e non impressa a stampa o fotocopiata. Tali conclusioni valgono anche alla luce dell'art. 83, comma 9 ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di irregolarità che non consente l'individuazione del soggetto responsabile, in quanto non è riconoscibile l'effettivo autore dell'apposizione di una firma a stampa in calce al documento. Nel caso di specie peraltro il documento irregolarmente sottoscritto è strettamente collegato all'offerta, avendo come contenuto la domanda di partecipazione alla procedura selettiva, ed attiene quindi alla paternità dell'offerta stessa, rispetto alla quale l'esclusione dalla possibilità di soccorso istruttorio è statuita dall'art. 83, comma 9 secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.” Si v. T.A.R. Toscana, Firenze, 16.09.2016 n. 1364-

[37] “Ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, costituiscono irregolarità sanabili a seguito del c.d. soccorso istruttorio, e non determinano quindi l'esclusione del concorrente dalla gara, l'omessa allegazione di copia del documento d'identità all'autocertificazione e la mancata apposizione della data al curriculum professionale versato nella documentazione allegata alla domanda di partecipazione.” Tar Molise 28 ottobre 2016, n. 444 – Pres. Silvestri, Est. Ciliberti

[38] Il Collegio ritiene di condividere l'orientamento pretorio richiamato in ricorso (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 25 febbraio 2015, n. 1237), secondo cui “Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la carenza della cauzione provvisoria ovvero la mancata proroga dalla validità della stessa costituiscono mere irregolarità sanabili. Nella fattispecie, le irregolarità della cauzione provvisoria, riferite alla durata della polizza, alla mancata previsione di rinuncia alle eccezioni, alla mancata previsione del pagamento a semplice richiesta, alla mancata rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore, sono tutte agevolmente sanabili mediante l'applicazione dell'articolo 46, comma 1 del decreto legislativo numero 163 del 2006, il cosiddetto soccorso istruttorio, che consente alle stazioni appaltanti di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati; il limite del soccorso istruttorio è dato dalle cause di esclusione tassativamente previste dalla legge”. (...) Tale orientamento, che per vero non trova consensi unanimi (si veda, in relazione a fattispecie del tutto analoga, T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 16 giugno 2016 n. 1624), va confermato anche alla luce delle disposizioni contenute nel nuovo Codice Appalti (d.lgs. n. 50/2016)” T.A.R. Campania, Salerno, 10 gennaio 2017 n. 106

[39] Nelle gare d'appalto l'obbligo di dichiarare l'assenza dei “pregiudizi penali” è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica, specie quando la legge di gara non richieda la dichiarazione individuale di detti soggetti; l'omessa dichiarazione costituisce irregolarità rispetto alla quale opera il c.d. soccorso istruttorio, non essendo in presenza di un vizio tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione ai sensi del citato comma 9 dell'art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tar Catania, sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234

[40] “Il disposto dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non consente la modifica di un elemento afferente ad un requisito di partecipazione alla gara non posseduto dal concorrente entro il termine di scadenza dell'offerta. Nel caso all'esame del Tar il concorrente alla gara, indetta per l'

affidamento del servizio di igiene urbana, a seguito della richiesta di integrazione della documentazione inerente all' impianto di trattamento dei rifiuti indicato nella domanda di partecipazione, ha prodotto le autorizzazioni di due nuovi impianti. Ad avviso del Tribunale l' indicazione di due nuove piattaforme per il conferimento dei rifiuti, mai dichiarate né menzionate nella domanda di partecipazione è idonea a indicare sugli elementi attinenti proprio all' offerta, con conseguente vanificazione del canone generale della parità di trattamento e dell' essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico, finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara, rende le offerte immutabili una volta presentate nei termini previsti dalla lex specialis.”Si v. Tar Napoli, sez. VII, 1 Febbraio 2017, n. 685

[41] Si v. TAR Genova, 28.02.2017 n. 145 : “ La norma è significativamente differente da quella omologa di cui all'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06 previgente secondo cui: “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”La norma previgente, infatti, ammetteva il soccorso istruttorio anche rispetto all'offerta con l'unico limite costituito dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1 – bis laddove, facendo riferimento all'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, escludeva la possibilità di sanare ex post mediante il soccorso istruttorio quelle mancanze, incompletezze o irregolarità dell'offerta che avessero determinato incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta. La nuova norma esclude in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta.”

[42] Cfr. Consiglio di Stato, n. 975 del 2017

[43] Così, P. Ceri, *Assimetrie sociali. Poteri, disuguaglianza, scambio*, Napoli 1996