



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL SOCCORSO ISTRUTTORIO E LE DIVERSITÀ APPLICATIVE NELL'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E GIURISPRUDENZIALE

Il bilanciamento tra il principio di correttezza sostanziale delle determinazioni della P.A. e quello di autoresponsabilità ha guidato, nel corso degli anni, l'evoluzione legislativa e l'applicazione giurisprudenziale del soccorso istruttorio nei vari ambiti di attività della P.A. in cui lo stesso trova applicazione

di **Francesco Belgio**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Estratto dal n. 11/2017 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Martedì 28 Novembre 2017

Sommario: 1. Il soccorso istruttorio nel quadro normativo della l. 241 del 1990 e la sua ratio; 2. Il perimetro di applicazione; 3. Il caso degli appalti pubblici: evoluzione legislativa e giurisprudenziale; 4. Le conseguenze del mancato soccorso istruttorio.

1. Il soccorso istruttorio nel quadro normativo della l. 241 del 1990 e la sua ratio

La legge 241 del 1990 rivoluziona l'intero agire amministrativo, ingessando in un disposto normativo ciò che prima era per lo più oggetto di prassi o talvolta di previsioni giurisprudenziali che, per quanto consolidate, non colmavano del tutto le lacune normative promananti dalla mancata disciplina del procedimento amministrativo.

Il legislatore del 1990, peraltro, come traspare in modo evidente dalla lettura della legge in questione, non si limita a conferire "cittadinanza normativa" ad una serie di aspetti che riguardano l'agire oramai proceduralizzato della P.A., ma ridisegna tali meccanismi alla luce di un rinnovato rapporto di vicinanza tra P.A. e privato, superando antichi steccati e prefigurando un rapporto collaborativo.

In quest'ottica, oltre che alla luce del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, sono da inquadrare tutti gli istituti che favoriscono la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, nonché la figura del responsabile del procedimento; quest'ultima ha rappresentato il superamento dell'anonimato e della generale irresponsabilità che prima accompagnava l'agire della P.A., individuando un interlocutore unico al quale il privato può relazionarsi per tutti gli aspetti che riguardano il procedimento di interesse.

Proprio nell'art. 6 lett. b) della l. 241/1990 trova espressione il cd. soccorso istruttorio nella misura in cui il responsabile del procedimento "può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete" .

Appare ictu oculi che le esigenze sottese ad una tale previsione sono molteplici: oltre a quella già richiamata di garantire un rapporto collaborativo tra privato e P.A. (che peraltro ritorna in numerosi punti della l.241/90), risulta evidente la volontà di informare - per tale via - l'attività della P.A. a parametri di opportunità e buona amministrazione. Infatti, attraverso il soccorso istruttorio, si evitano interruzioni procedurali dovute a mere irregolarità formali e si assicura altresì che l'emanando provvedimento sia effettivamente (nella sostanza) coerente ai presupposti di fatto e di diritto posti a fondamento.

Si consideri, peraltro, che questa esigenza di correttezza sostanziale e la sua prevalenza

sulla mera correttezza formale, è presente anche in altri punti della legge sul procedimento amministrativo, tanto è vero che il legislatore mostra in diversi tratti un accoglimento del principio di prevalenza della sostanza sulla forma: basti pensare alla disciplina del cd. vizi non invalidanti e all'art. 21 octies della medesima legge.

2. Il perimetro di applicazione

Quantunque l'istituto in esame risulti oggi di indubbia centralità per una pubblica amministrazione che deve procedere con speditezza e celerità e che, per tale via, può evitare inutili lungaggini determinate da interruzioni risolvibili con l'intervento suppletivo in discussione, non può di per ciò solo attribuirsi ad esso un indiscriminato ed illimitato ambito di applicabilità.

D'altra parte il procedimento resta luogo di contemperamento e di attenta ponderazione di diversi - e spesso confliggenti- interessi, valutati imparzialmente da una P.A. che, alla fine (eccezion fatta per i casi in cui si tratti di amministrazione neutrale), deve affermare la prevalenza dell'interesse pubblico: è evidente, quindi, che se si affermasse la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio senza limitazioni alcune, sarebbe messa a repentaglio l'imparzialità medesima posto che l'operato della P.A. sfocerebbe così in mero arbitrio. E' quindi necessario delimitare il perimetro entro il quale la P.A. può muoversi nell'esercizio della sua attività ausiliaria, tenendo conto che il legislatore non precisa i presupposti che facoltizzano il cd. soccorso istruttorio.

Il vulnus rispetto al quale dovrebbe intervenire l'istituto in esame può essere verosimilmente di due tipi: è possibile che la documentazione sia incompleta (o addirittura mancante) o, a contrario, si può verificare che sia semplicemente irregolare in quanto siano riscontrabili errori materiali o formali; nel primo caso l'intervento del privato si tradurrebbe in una vera e propria integrazione, essendo invece nella seconda delle due ipotesi limitato ad una mera regolarizzazione. Orbene, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente, è ammissibile il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio solo quando la domanda risulti completa e, quindi, semplicemente irregolare; in altri termini è legittimo unicamente un intervento di regolarizzazione e non anche di vera e propria integrazione.

Le ragioni a fondamento di tale perimetrazione sono facilmente rilevabili: da un lato si pone l'esigenza di garantire la "par condicio" tra cittadini, e dall'altro di evitare fenomeni di irresponsabilità dei privati che – forti della garanzia di poter pur sempre integrare ex post l'istanza incompleta presentata alla P.A.- potrebbero non prestare la dovuta attenzione in ordine al controllo di completezza della documentazione presentata. In riferimento alla garanzia della "par condicio", infatti, risulta innegabile che, soprattutto

nei procedimenti in cui sono state presentate diverse domande autorizzatorie o concessorie, consentire solo a taluno dei pretendenti di integrare ex post la domanda possa determinare deviazioni dal rispetto dei principi di imparzialità e concorrenzialità.

La linea di confine, il perimetro entro cui la P.A. può ricorrere al soccorso, inoltre, non va tracciata solo con riferimento al tipo di attività (regolarizzazione- integrazione) da esperire, ma anche con riferimento all'oggetto della medesima: non è comunque ammissibile l'ingresso di elementi o fatti sopravvenuti. Insomma la regolarizzazione deve riferirsi ad elementi preesistenti.

3. Il caso degli appalti pubblici: evoluzione legislativa e giurisprudenziale

Il soccorso istruttorio si atteggia in modo peculiare nelle procedure ad evidenza pubblica. La prima peculiarità è nella fonte: non la l. 241/1990, ma la disciplina in materia di contratti pubblici (oggi d.lgs. 50/2016), normativa di gran lunga più analitica, che si sveste di quella elasticità ed ampiezza che invece connota la legge sul procedimento amministrativo.

Nella materia degli appalti pubblici la disciplina sul soccorso istruttorio deve essere contestualizzata: deve preliminarmente aversi contezza del fatto che ci si muove in un settore che, più di altri, si fonda sul valore della concorrenza, dove il principio di autoresponsabilità è ancor più pregnante. D'altra parte non è revocabile in dubbio che l'intera materia dei contratti pubblici si fondi sul paradigma – di matrice europea- delle pari possibilità di tutti gli operatori economici di partecipare alle gare indette da uno Stato membro, sulla base di modalità previamente stabilite dalla stazione appaltante e valide per tutti i partecipanti (par condicio), e ciò non ha potuto che condurre a restringere oltremodo il perimetro dell'applicabilità del soccorso istruttorio.

Già la vecchia disciplina - contenuta nell'art. 45 d.lgs. 163/2006 - rendeva in buona sostanza ammissibile un intervento della stazione appaltante solo per ciò che attiene ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludendosi ogni tipo di intervento in ordine all'offerta economica presentata. Per di più, come ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la regolarizzazione si è considerata ammissibile solo nei casi in cui per la mancanza del requisito non sia prevista l'esclusione del concorrente dalla gara. Quindi, nel settore degli appalti pubblici, come ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, "il potere di soccorso - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo 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- non consente la produzione tardiva del

documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali” (Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n.9). L’unica eccezione a questi limiti è stata a lungo individuata nella casistica del bando di gara con clausole ambigue oggetto di successivo chiarimento della P.A. : in tal caso si è sovente ammesso non già una mera regolarizzazione, quanto piuttosto una vera e propria integrazione.

La disciplina appena tratteggiata subisce un primo mutamento ad opera del legislatore del 2014, posto che la l. 114/2014 supera la distinzione tra regolarizzazione ed integrazione ed amplia l’ambito di applicazione dell’istituto in esame. Basti considerare che il comma 1 ter dell’art. 46 del d.lgs. 163/2006 estende l’applicazione della novella ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, mentre l’art. 38 co. 2 bis individua due ipotesi soggette a diverso regime giuridico; da un lato si fa riferimento alle mere irregolarità non essenziali¹, che non danno luogo né ad esclusione né tantomeno all’attivazione della procedura del soccorso istruttorio, mentre dall’altro alle irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al co. 2 della medesima norma², per le quali è avviata una peculiare procedura³ di regolarizzazione/integrazione della documentazione⁴.

Quindi l’evoluzione legislativa in questione determina un primo mutamento di prospettiva, alla luce del quale il soccorso istruttorio subisce una generalizzazione, seppur procedimentalizzata, che non consente di considerarlo più confinato ad ipotesi tassativamente enucleate⁵: tutto ciò, beninteso, non pare confliggere con le istanze di tutela di cui si è detto, posto che la previsione di una sanzione pecuniaria è strumento che verosimilmente valorizza il principio di autoresponsabilità, in un difficile bilanciamento con quello della “par condicio”. Tuttavia è innegabile che tale intervento legislativo si sia portato dietro una scia di critiche dottrinali, fondate sul rilievo per cui, superandosi la distinzione tra regolarizzazione ed integrazione, si sia ancorata l’operatività del soccorso istruttorio a parametri incerti e soggettivi, vale a dire incentrati sul giudizio di essenzialità ed indispensabilità o meno del requisito richiesto⁶. Di qui il ruolo della giurisprudenza, che ha cercato di porre rimedio a tale varco lasciato aperto dal legislatore, precisando – in numerosi arresti- che in ogni caso la sanatoria non può riguardare l’offerta economica, atteso che diversamente la concorrenzialità della procedura sarebbe messa seriamente a repentaglio.

I contorni di tale quadro normativo vengono poi confermati dal d.lgs. 50/2016: l’art. 83 mantiene la summa divisio tra violazione essenziale (non sanabile) e non essenziale (sanabile). Pur tuttavia, aspetti di interessante innovazione e specificazione sono rinvenibili nel recente decreto legislativo: in primo luogo la sanzione pecuniaria viene irrogata solo quando l’operatore intende effettivamente avvalersi del meccanismo sanante;

in secondo luogo le irregolarità non essenziali non continuano ad essere esenti del tutto da regolarizzazione (come nel regime previgente), ma devono essere regolarizzate a pena di esclusione (seppur senza il pagamento di sanzione alcuna).

E' evidente che resta in piedi il divieto di integrazioni che riguardino l'offerta tecnica ed economica, così come perdurano (stante il mantenimento del nucleo essenziale della precedente disciplina) le critiche dottrinali e giurisprudenziali soprattutto in ordine agli aspetti che riguardano la sanzione pecuniaria⁷.

In ultimo, poi, a quasi un anno dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, è intervenuto il d.lgs. n. 56/2017 (cd. decreto correttivo) che ha introdotto ulteriori modifiche normative ad una materia continuamente oggetto di revisione. A ben vedere, quantunque detto intervento si qualifichi come meramente correttivo, dopo un'attenta analisi del disposto normativo, può ben dirsi che ha effetti dirompenti sulla disciplina del soccorso istruttorio nel settore degli appalti.

I motivi di una tale conclusione appaiono ictu oculi: in primo luogo si supera l'onerosità del soccorso istruttorio (caposaldo della precedente disciplina)⁸, e a ciò si aggiunga che si rivede anche la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali.

Quanto al primo aspetto, gli operatori economici avranno la facoltà di regolarizzare e/o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti e/o irregolari senza dover sostenere alcun onere finanziario. In ordine al secondo aspetto, invece, si configura un sistema in cui gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica⁹.

4. Le conseguenze del mancato soccorso istruttorio

Dalle coordinate normative ed ermeneutiche sin qui tracciate, è dunque palese la presenza di un confine tra il soccorso istruttorio così come prefigurato dalla legge sul procedimento e la disciplina che invece connota il settore degli appalti pubblici; uno steccato in cui si consumano differenze e distanze che riguardano soprattutto il perimetro di applicazione e i presupposti applicativi. Ma v'è di più. Le due ipotesi divergono anche in ordine al vizio rilevabile nel provvedimento finale in conseguenza della mancata attivazione dell'istituto.

Si consideri che nell' art.6 dell l.241/1990 il soccorso istruttorio è chiaramente qualificato quale mera facoltà della P.A., atteso che si prevede che quest'ultima "può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o di istanze erronee e incomplete".

Nel settore degli appalti, invece, l'immanenza del principio di concorrenzialità impone di generalizzare il favor participationis, relegando a casistiche marginali le esclusioni dalla partecipazione alla gara (a seguito di mancata attivazione dell'istituto)¹⁰.

Ne consegue, dunque, la diversità di vizio che colpirà il provvedimento finale adottato dalla P.A. in mancanza di soccorso istruttorio. Nella prima delle due ipotesi il privato potrà chiedere l'annullamento del provvedimento per eccesso di potere, mentre nella seconda sembra effettivamente configurabile un'ipotesi di violazione di legge (considerata la presenza di un autentico dovere della P.A. di rimuovere il deficit informativo). Quindi per configurare l'eccesso di potere, dovrà rintracciarsi la figura sintomatica che nel caso concreto si palesa: potrà essere verosimilmente un travisamento di fatti (quando il mancato intervento sanante ha determinato una rappresentazione alterata della realtà), o una disparità di trattamento (se ne sia disceso un trattamento non propriamente imparziale della P.A.).

Note e riferimenti bibliografici

1 Per questa casistica il riferimento è alla mancanza o incompletezza delle dichiarazioni non indispensabili. 2 Il riferimento è all' indicazione di eventuali condanne penali riportate e l'inesistenza di situazioni di controllo di cui all'art.2359 c.c. 3 Tale procedura che deve esperirsi entro un termine perentorio assegnato all'impresa partecipante e dietro pagamento di una sanzione pecuniaria. 4A.S. Annunziata D'Angio, Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo e nella procedura ad evidenza pubblica, Solo Temi, 2017, n.3, pag. 511 5 A.S. Annunziata D'Angio, Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo e nella procedura ad evidenza pubblica, Solo Temi, 2017, n.3, pag. 512 6 A.S. Annunziata D'Angio, Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo e nella procedura ad evidenza pubblica, Solo Temi, 2017, n.3, pag. 512 7Con l'ordinanza 3.10.2016 n. 10012, il TAR Lazio ha messo in discussione la legittimità comunitaria del soccorso istruttorio oneroso, sottoponendo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea alcune questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 38 comma 2-bis del D.lgs. 12.4.2006 n. 163 rispetto alla disciplina di cui agli artt. 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE ed ai principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione in materia di procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture 8 E' opportuno rilevare che ancorchè sono sopite le critiche dottrinali e giurisprudenziali sull'opportunità di un soccorso oneroso, emergono quelle sull'assenza di qualsiasi forma di deterrenza che solleciti l'autoresponsabilità del privato 9M. Gaglienga, "Il soccorso istruttorio dopo il D.lgs. 19.4.2017 n. 56 cd. Decreto Correttivo", da diritto.it del 11/07/2017 10 Il riferimento è all'integrazione che riguarda l'offerta economica

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO E LE DIVERSITÀ APPLICATIVE NELL'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E
GIURISPRUDENZIALE