



CAMMINO DIRITTO

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



L'APPLICABILITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO NELLA FASE DI VALUTAZIONE DELLA SOGLIA DI ANOMALIA DELLE OFFERTE ECONOMICHE

La Commissione di gara dopo aver individuato rispettivamente, gli operatori ammessi, quelli esclusi e quelli da ammettere a seguito della regolarizzazione/integrazione documentale espletata entro lo stretto termine decadenziale di dieci giorni non può più ri-determinare le grandezze numeriche già calcolate (media dei ribassi, numero delle offerte da accontonare ecc.), in funzione della determinazione della soglia di anomalia.

di **Francesco Orabona**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Estratto dal n. 6/2018 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 14 Giugno 2018

Sommario: 1) Il tema della questione; 2) Il soccorso istruttorio: il quadro normativo di riferimento; 3) La disciplina giuridica del soccorso istruttorio tra vecchio e nuovo Codice; 4) Le opinioni della Giurisprudenza e della Dottrina; 5) Soccorso istruttorio ed autotutela dell'Amministrazione nella fase della verifica dell'anomalia delle offerte.

1. Il tema della questione

E' molto dibattuta la questione se l'istituto del c.d. "soccorso istruttorio", previsto sia dal previgente Codice dei Contratti pubblici che da quello attuale (D.Lgs. n. 50/2016), possa trovare applicazione anche per integrare e regolarizzare gli elementi delle offerte economiche e tecniche nella fase di valutazione dell'anomalia delle stesse.

Con il presente contributo si tenterà di fornire una ricostruzione completa ed esaustiva dell'istituto in esame tenendo conto degli ultimi sviluppi della giurisprudenza e di alcune opinioni della dottrina più accreditata.

2. Il soccorso istruttorio: il quadro normativo di riferimento

L'art. 6, comma 1, lett. b), della legge n. 241/1990 attribuisce al Responsabile del procedimento amministrativo il potere di richiedere agli interessati di colmare lacune documentali e rettificare dichiarazioni o correggere errori emergenti nel corso dell'istruttoria procedimentale (soccorso istruttorio).

Con tale disposizione il legislatore ha inteso assicurare la leale collaborazione tra privato cittadino e Pubblica amministrazione quale corollario del principio di buon andamento dell'azione amministrativa e quindi del perseguimento del pubblico interesse.

Tale istituto trova applicazione anche nell'ambito dei contratti pubblici.

Esso, infatti, costituisce il rimedio ad omissioni, incompletezze e irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione dell'operatore economico alla gara pubblica mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali .

Il soccorso istruttorio è previsto nell'art. 38, comma 2 bis, del D.Lgs. 12-4-2006 n. 163 (vecchio Codice), applicabile alle varie fattispecie "ratione temporis", nonché nell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice).

La ratio fondamentale dell'istituto in questione corrisponde, dunque, all'esigenza 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 le possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del favor participationis ed al principio della par condicio dei concorrenti.

Il decreto correttivo al codice appalti (D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) ha introdotto, poi, le modifiche al Codice che si applicano *ratione temporis* esclusivamente alle procedure bandite successivamente al 20 maggio 2017 (il correttivo è entrato in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione dello stesso in Gazzetta ufficiale, avvenuta in data 5 maggio 2017).

La modifica introdotta con l'art. 52, del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha espunto dal sistema l'onerosità del soccorso istruttorio, così come originariamente prevista dal 9° comma dell'art. 83, D.Lgs. n. 50/2016 esclusivamente in caso di regolarizzazione della documentazione prodotta dal concorrente: pertanto non si applica alle controversie attinenti a gare anteriori alla suddetta data per le quali continuerà ad applicarsi l'istituto del soccorso istruttorio a pagamento.

Tant'è che con il citato decreto correttivo, è stato recepito il suggerimento formulato nel parere del Consiglio di Stato n. 855 del 2016 al fine di evitare ogni possibile contrasto con la disciplina comunitaria, che non consentirebbe il soccorso istruttorio a pagamento^[1]

Infatti, nel sistema previgente, con il c.d. soccorso istruttorio a pagamento l'effetto reale dell'esclusione dalla gara veniva sostituito dal pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore all'1 per mille e non superiore all'1 per cento del valore della gara e, comunque, non superiore a 50.000 Euro, a condizione che entro un termine non superiore a dieci giorni, venissero rese, integrate o regolarizzate da parte dell'operatore economico inadempiente le dichiarazioni necessarie.

In base alla disciplina applicabile prima delle modifiche introdotte dall'art. 83, 9° comma, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve ritenersi che la sanzione pecuniaria prevista in caso di regolarizzazione di cui all'art. 38, comma 2 bis, D.Lgs. n. 163/2006 (come modificato dall'art. 39, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114), è applicabile anche nell'ipotesi in cui il concorrente non avesse inteso avvalersi della facoltà di regolarizzazione.

3. La disciplina giuridica del soccorso istruttorio tra vecchio e nuovo Codice

Nel caso in cui le dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 38, comma 2, del D.Lgs. 12-4-2006 n. 163, fossero prive o incomplete degli elementi essenziali necessari ad individuare la partecipazione dell'operatore economico alla gara o le stesse fossero irregolari, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine perentorio non superiore a dieci giorni affinché le stesse siano regolarizzate ed integrate. In tal caso l'operatore economico è obbligato al pagamento in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro (soccorso istruttorio a pagamento) previa prestazione di idonea cauzione.

In presenza di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, non è prevista la regolarizzazione né si applica la sanzione a carico della concorrente: infatti, se l'operatore economico, entro il termine di dieci giorni, non regolarizza la dichiarazione, viene escluso direttamente dalla gara.

In virtù dell'inserimento nella norma dell'ultimo periodo introdotto dal decreto correttivo del 2014 è stato, altresì, precisato che le sopravvenute variazioni intervenute dopo la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rilevano ai fini del calcolo di medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

L'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016, sostituito dall' art. 52, comma 1, lett. d), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, conferma l'istituto del soccorso istruttorio in presenza di carenze di qualsiasi elemento formale della domanda con la particolarità che la Stazione appaltante, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del Documento di gara unico europeo (art. 85), escluse quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, assegna un termine di dieci giorni, anch'esso perentorio, per l'integrazione e regolarizzazione delle dichiarazioni degli operatori economici. E' prevista anche qui l'esclusione dalla gara del concorrente nel caso di mancata regolarizzazione entro tale termine.

E' stata, poi, fornita un'ulteriore precisazione circa l'insanabilità della documentazione priva del contenuto o del soggetto responsabile della stessa: tale carenza è ritenuta irregolarità essenziale.

4. Le opinioni della Giurisprudenza e della Dottrina

Il comma 2 dell'art. 38 del Codice previgente (applicabile "ratione temporis" alle precedenti fattispecie) disciplina i contenuti del soccorso istruttorio che in ogni caso attengono alle dichiarazioni e ai documenti che ciascun operatore economico partecipante,

nel rispetto del bando di gara, è obbligato a produrre per dimostrare il possesso di determinati requisiti sia generali che speciali prescritti per la partecipazione alla procedura.

Si è ritenuto che l'istituto del soccorso istruttorio, nel "vecchio" come nel vigente Codice degli appalti, consente agli operatori economici di produrre e/o integrare, entro un termine breve e perentorio, dichiarazioni e documenti mancanti o carenti di taluni elementi, prescritti in modo obbligatorio per comprovare la legittimazione dell'impresa a partecipare alla gara^[2].

Trattasi, pertanto, di istituto che attiene strettamente alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara (e, dunque, alla prova documentale della legittimazione dell'operatore economico a parteciparvi) la cui applicazione attiene, altrettanto strettamente, alla fase della verifica, da parte del Seggio di gara, della documentazione amministrativa prodotta dalle varie imprese concorrenti, verifica logicamente e materialmente prodromica all'apertura delle offerte tecniche e/o economiche, che avviene nella fase successiva che, a sua volta, presuppone come chiusa ed espletata la fase anteriore attinente all'ammissione/esclusione dei concorrenti^[3].

Si è ritenuto che non sono, invece, sanabili e, portano, dunque, all'esclusione dell'operatore economico, le irregolarità concernenti l'offerta tecnica ed economica e quelle irregolarità ritenute essenziali, che non consentono l'individuazione del contenuto e del soggetto responsabile della domanda, sul presupposto che altrimenti si produrrebbe una lesione dei principi fondamentali in materia e, in particolare, dei principi della par condicio e dell'immodificabilità dell'offerta. Tale tesi è stata sostenuta in considerazione del fatto che con la vigenza del dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che non conteneva un esplicito riferimento all'offerta tecnica ed economica, si riteneva che il soccorso istruttorio potesse riguardare anche elementi dell'offerta tecnica o economica. A fronte della previsione preclusiva del nuovo Codice, confermata dal correttivo, il Consiglio di Stato, con i pareri n. 855 del 2016 e n. 782 del 2017, ha rappresentato "l'opportunità di conservare comunque una forma di soccorso procedimentale, riferito agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, secondo cui, fermo restando il divieto di integrazione documentale, l'amministrazione, in casi dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, possa richiedere chiarimenti al concorrente"; specie con riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad evitare difficoltà interpretative, l'Amministrazione, in casi dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta tecnico-economica, dovrebbe poter richiedere chiarimenti ..."^[4].

Sul presupposto che, con il solo limite dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta gli elementi e le dichiarazioni resi dall'operatore economico, purché sussistenti alla scadenza

del termine della presentazione dell'offerta stessa, sono suscettibili anche di verifica postuma, tutte le volte in cui la documentazione esaminata dall'Amministrazione non sia risultata sufficientemente chiara e completa, la giurisprudenza, sulla scorta della ratio propria dell'istituto, ha ritenuto possibile ricorrere al soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione della gara, "nei casi in cui l'Amministrazione si sia avveduta di eventuali carenze documentali non a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni), ma all'esito dell'aggiudicazione ..."^[5].

L'art. 83, 9° comma, del Codice vigente preclude l'operatività del soccorso istruttorio con riguardo all'offerta economica e tecnica. A tal proposito la giurisprudenza^[6] ha ritenuto che laddove la gara rientri nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016, venga a configurarsi un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene^[7].

5. Soccorso istruttorio ed autotutela dell'Amministrazione nella fase della verifica dell'anomalia delle offerte.

Ci si è posti il problema se una volta conclusa la fase di ammissione/esclusione dei concorrenti alla gara (accertamento della sussistenza dei requisiti generali di partecipazione), il provvedimento dell'Amministrazione di autotutela, intervenuto successivamente a tale fase, possa essere considerato quale fatto sopravvenuto, di cui all'ultimo periodo dell'art. 38, comma 2-bis, del Codice previgente, tale da dover negare efficacia alla determinazione del calcolo delle medie nella procedura del taglio delle ali e nell'ambito della individuazione dell'anomalia delle offerte.

In pratica, in un caso era accaduto che una Stazione appaltante adottava in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies della L. n. 241/1990, il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione definitiva di un appalto di servizi^[8] precedentemente disposta in favore di una delle Ditte partecipanti, in quanto, in sede di verifica dell'anomalia delle offerte, aveva riscontrato, a seguito dei rilievi presentati da altra ditta concorrente e ritenuti fondati dall'Amministrazione, un errore di calcolo nell'individuazione della fascia di minor ribasso da escludere ai fini del calcolo della soglia di anomalia (c.d. taglio delle ali). L'Amministrazione, quindi, aveva proceduto a rideterminare la soglia di anomalia per poi adottare, ai sensi dell'art. 21-nonies, il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione viziata dall'erroneità dell'operazione di calcolo compiuta.

L'Amministrazione, dopo il rinnovo di tali operazioni di calcolo, escludeva la concorrente risultata originariamente aggiudicataria ed aggiudicava la gara all'Impresa che aveva segnalato l'errore di calcolo.

La Ditta non aggiudicataria aveva, pertanto, proposto ricorso giurisdizionale lamentando, tra l'altro, l'arbitrarietà e l'illegittimità del potere di annullamento della Stazione appaltante la quale avrebbe violato l'art. 38, comma 2 bis, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. atteso che la Stazione appaltante, nel procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, non avrebbe consentito alla medesima ricorrente di far ricorso al soccorso istruttorio di cui alla norma citata.

Ad avviso della Società ricorrente, la citata disposizione avrebbe canonizzato il principio di affidamento connesso alla stabilizzazione dei rapporti derivanti dai provvedimenti "attributivi" adottati dalla Pubblica amministrazione e delimitato l'arco temporale entro il quale l'Amministrazione può esercitare il proprio potere di autotutela rispetto agli atti precedentemente adottati. Pertanto, il comma 2 bis dell'art. 38 del Codice previgente avrebbe precluso in radice al Seggio di gara di poter operare la rettifica della soglia, di fatto disposta in base al ricalcolo del numero delle offerte da accantonare, della media dei ribassi e, di conseguenza, della soglia di anomalia, che è stata innalzata ad una quota percentuale superiore rispetto alla soglia anteriore, che era stata fissata nella misura percentuale inferiore.

In particolare, per quanto concerne l'ultimo periodo del comma 2-bis della norma in esame, la recente giurisprudenza ha ritenuto che la ratio della disposizione, nel riferirsi, onde neutralizzarne gli effetti, alle variazioni sopravvenute rispetto alla "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte", è quella di evitare che, -una volta che la Commissione di gara abbia concluso il vaglio dei requisiti di partecipazione e provveduto ad individuare, rispettivamente, gli operatori ammessi, quelli esclusi e quelli da ammettere a seguito della regolarizzazione/integrazione documentale espletata entro lo stretto termine decadenziale di dieci giorni di cui al medesimo comma 2-bis (secondo periodo)-, la Stazione appaltante possa poi ri-determinare le grandezze numeriche già calcolate (media dei ribassi, numero delle offerte da accontonare ecc.), in funzione della determinazione della soglia di anomalia, le quali, in astratto, sarebbero da rimodulare per effetto di esclusioni (di operatori inizialmente ammessi) o ammissioni (di operatori inizialmente esclusi) successivamente disposte (per effetto di provvedimenti giurisdizionali o direttamente dall'Amministrazione aggiudicatrice in via di autotutela). E' infatti logicamente intuitivo che, mutando il numero delle offerte da ammettere, si andrà a modificare anche la media dei ribassi e, quindi, la stessa soglia di anomalia (da determinare sulla base del criterio di calcolo di cui al "vecchio" art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 e all'art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010). In tal caso, la norma in discussione non trova applicazione e, pertanto, non può verificarsi alcuna esclusione o preclusione

rispetto all'esercizio del potere di autotutela demolitoria ex art. 21-nonies L. 241/90 da parte della Stazione Appaltante^[9].

Le variazioni sopravvenute di cui al comma 2-bis dell'art. 38, proprio perché menzionate all'interno di un articolo dedicato ai "requisiti di ordine generale" e contenute in uno specifico periodo all'interno del comma 2-bis dell'art. 38, dedicato al c.d. "soccorso istruttorio", non possono che riferirsi, secondo il testo della norma, a fattispecie di esclusione e/o ammissione e/o regolarizzazione delle offerte (rectius, della documentazione afferente al possesso dei requisiti di partecipazione) che, per espressa prescrizione normativa, la Stazione appaltante è tenuta a non considerare per il ricalcolo della soglia di anomalia, ricalcolo che altrimenti, su un piano prettamente logico-matematico, dovrebbe essere effettuato.

Tale ratio è in definitiva, da un lato, quella di evitare impugnazioni strumentali da parte di singole concorrenti, interessate ad ottenere soltanto la rettifica della soglia di anomalia e, nel contempo, di evitare l'inutile appesantimento del lavoro delle Commissioni di gara che sarebbero costrette, dopo lungo tempo dal compimento delle operazioni di accertamento dei requisiti di partecipazione (si pensi, in particolare, al tempo necessario per pervenire ad una sentenza definitiva che accerti la legittimazione o la carenza di legittimazione di una concorrente a partecipare alla singola procedura) a riaprire l'istruttoria per il calcolo di medie, ribassi e soglia di anomalia, con intuibili e intollerabili prolungamenti dei tempi della gara pubblica.

In definitiva, l'Amministrazione procedente verifica un errore di calcolo o altro vizio che attenga alle operazioni funzionali al "taglio delle ali" e al calcolo della soglia di anomalia, venendosi in simili casi a ri-espandere l'ordinario potere di ogni ente pubblico di rimuovere mediante l'annullamento "ex officio" (al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-nonies della Legge n. 241 del 1990) le illegittimità e gli errori di cui l'ente stesso si avveda afferenti alle fasi del procedimento anteriormente espletate.

Note e riferimenti bibliografici

^[1] M. Gagliega, Soccorso istruttorio, le novità del correttivo al codice Appalti, in Altalex del 21 agosto 2017. ^[2] F. Dallari, I soggetti ammessi alle procedure di affidamento, in F. Mastragostino (a cura di), Diritto dei contratti pubblici, Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. n. 90 del 2014, ed. e-book, Torino, 2014. Cfr: Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4789; Cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; Cons. Stato Sez. III, 28 luglio 2017, n. 3781. ^[3] M. Trimarchi, Le fonti del diritto

dei contratti pubblici, in www.giustamm.it, 2016; C. Deodato, Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto, *ivi*; G. Piperata, L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 43 ss. ^[4] Cfr., in materia, anche Cons. Stato, Sez. III, 28 luglio 2017, n. 3781; si veda anche Corte di Giustizia, Sez. VIII, 10 maggio 2017, causa C131-16, che ammette chiarimenti sull'offerta o la rettifica di errori materiali manifesti, a condizione che tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione e che tali chiarimenti o rettifiche non possano essere assimilati ad una nuova offerta. ^[5] T.A.R. Lazio, Sez. III, 16 marzo 2017, n. 3541, che richiama T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 29 aprile 2016. ^[6] T.A.R. Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Cons. Stato, Sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; T.A.R. Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.A.R. Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604. ^[7] Il nuovo codice degli appalti (D.Lgs. n. 50/2016), frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art. 56, par. 3, Dir. 24/2014/UE (Direttiva Appalti), contiene rilevanti novità in merito al soccorso istruttorio rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 38, comma 2 bis, D.Lgs. n. 163/2006: da un punto di vista sostanziale, la nuova Direttiva appalti e lo stesso art. 83 comma 9 del nuovo codice degli appalti si contraddistinguono per aver ampliato le ipotesi delle fattispecie "regolarizzabili", al fine di favorire la massima partecipazione alle gare privilegiando gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale; in particolare, mentre la precedente direttiva consentiva di "integrare" e/o "chiarire" certificati e/o documenti, le nuove normative consentono altresì di "presentare" e "completare" le informazioni o la documentazione richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice. ^[8] Si trattava di una gara pubblica bandita antecedentemente al D.Lgs. n. 50/2016 e, pertanto, trovavano applicazione le norme del D.Lgs. n. 163/2006. ^[9] TAR Lazio, Roma, Se. III, 01.06.2018, 6129.
