



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica



IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: DISCIPLINA, FONDAMENTO E LE PRINCIPALI NOVITÀ NORMATIVE DELL'ISTITUTO.

Modifiche legislative e giurisprudenziali dell'istituto del soccorso istruttorio nel Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 163/2006): la Determinazione ANAC e l'attuabilità del principio del favor participationis.

Mariateresa Armenise (redattore Alessio Giaquinto)
PUBBLICO - AMMINISTRATIVO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Publicato, Martedì 30 Giugno 2015

1. Il soccorso istruttorio

L'istituto in commento deve il suo formale accesso nell'ordinamento italiano alla direttiva del Consiglio Europeo n. 71/305/CEE del 26.07.1971, la quale riconosceva che l'amministrazione aggiudicatrice, entro certi limiti, potesse « invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli » (art. 27).

Con l'emanazione del Codice dei Contratti Pubblici, l'istituto in parola è attualmente riprodotto dal primo comma dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 ove si afferma che « 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 ».

Introducendo, dunque, la possibilità per la stazione appaltante di chiedere al concorrente di regolarizzare le proprie offerte non conformi alla *lex specialis* di gara, a condizione, però, di non alterare la *par condicio* tra i concorrenti ed il buon andamento della procedura.

Nei primi anni di applicazione dell'istituto la giurisprudenza e la dottrina hanno ampiamente dibattuto sul contenuto ed i limiti del c.d. "soccorso istruttorio"; la giurisprudenza, in particolare, ne ha preferito per diversi anni un'interpretazione piuttosto "restrittiva": timore era che ne derivassero disparità tra i concorrenti o che fosse contestato il divieto di disapplicazione della *lex specialis*.

Dalle diverse pronunce giurisprudenziali ne è derivata la tradizionale affermazione (nonché il tipico *modus operandi*) secondo cui, nelle procedure di gara, doveva essere impedita qualsiasi forma di **integrazione documentale** e consentita, invece, solo la **regolarizzazione**, ossia un mera ingerenza su circostanze o elementi **estrinseci al contenuto della documentazione**.

2. Evoluzione legislativa dell'istituto e nuove modalità applicative

Con l'entrata in vigore del D.L. 13.05.2011, n. 70, convertito dalla legge 12.07.2011, n. 106 è stato inserito nel Codice degli Appalti il comma 1 bis dell'art. 46, che testualmente recita:

« 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 ».

L'evoluzione normativa ha così affermato il paradigma della “**tassatività delle cause di esclusione**”: la legge, nell'elencare le tassative circostanze di esclusione di un concorrente dalla gara, ha implicitamente ridefinito l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, quale rimedio alle **irregolarità non essenziali** delle offerte.

Successivamente, con l'entrata in vigore del Decreto Legge 24.06.2014, n. 908, il quadro normativo ha subito un'ulteriore e radicale cambiamento a causa dell'inserimento, nell'articolo 38 del Codice degli Appalti, del nuovo 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 comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di

cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte ».

Con l'introduzione del nuovo comma, il D.Lgs. 163/2006 ha aperto la strada al raggiungimento di **importanti traguardi applicativi**:

- il superamento delle incertezze interpretative emerse nella giurisprudenza amministrativa: l'istituto del soccorso istruttorio diviene infatti assoggettato a regole prestabilite dal legislatore;
- la deflazione del contenzioso amministrativo: le nuove norme mirano a consentire la risoluzione di controversie "tipiche" delle gare pubbliche, allo scopo di ridurre la necessità di ricorrere al giudice amministrativo, nonché la riduzione delle contestazioni da parte di alcuni partecipanti in ordine all'ammissione di altri.
- la predisposizione di una istruttoria veloce, diretta ad acquisire immediatamente la completezza delle dichiarazioni;
- l'inserimento di una **sanzione pecuniaria**, elemento che ha l'obiettivo di incentivare i concorrenti ad una corretta produzione dei documenti.

Qualsiasi carenza, omissione o irregolarità diviene dunque sanabile, gli unici limiti insuperabili sono **letteralmente definiti dal legislatore**, identificabili 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 » (art. 46, comma 1 bis, D.Lgs.163/2006).

Il principio è stato confermato da diverse pronunce giurisprudenziali, secondo cui « *Nello sforzo interpretativo di riempire di contenuto la nozione di irregolarità essenziale, ritiene il Collegio - anche sulla scorta di quanto disposto dall'art. 46 comma 1 bis del D.Lgs 163/2006 - che il legislatore abbia inteso come essenziale ogni irregolarità della*

dichiarazione, oltre all'omissione ed alla incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa ». (TAR Toscana sent. n. 429/2015).

3. La Determinazione Anac n. 1 dell'8 gennaio 2015

L'Anac (Autorità Nazionale Anti-Corruzione) ha emanato la determinazione n. 1/2015 denominata "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", con la finalità di chiarire l'interpretazione delle norme precitate, per **scongiurare** (nella fase di controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) **esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali**.

Al fine di evitare che l'istituto del soccorso istruttorio venisse adoperato in violazione dei **principi di pari opportunità**, sono stati elaborati i due distinti concetti di **regolarizzazione documentale** e **integrazione documentale**, stabilendo che venissero esclusi dall'applicazione del medesimo solo quei documenti e procedimenti espressamente richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara.

Uno dei principi cardine ribadito nella Determinazione, in ossequio al comma 2 bis dell'art. 38 e del comma ter dell'art. 46 del Codice, è quello che ammette la possibilità di sanatoria in caso di incompletezza o omissione di documenti o dichiarazioni "*ma non per supplire a carenze dell'offerta*" (**Det. Anac 1/2015**).

L'Autorità ha stabilito nel dettaglio quali sono le carenze sanabili e quelle che invece non lo sono:

1. Tutte quelle situazioni che sono riconducibili al criterio della segretezza, non possono essere oggetto di soccorso istruttorio;
2. Tutte le altre cause (mancata indicazione del bando sulle buste, indicazione del giorno o dell'ora, individuazione del domicilio..) possono essere oggetto di applicazione

dell'istituto;

3. L'istituto del contratto di avvalimento potrà essere regolarizzato in alcuni suoi tratti, salvo che sia stato già siglato (rapporto fra quote di partecipazione e quote di esecuzione);
4. Potrà essere integrata l'esatta indicazione delle prestazioni da svolgere nei contratti di fornitura, di servizi o lavori, anche in caso di quote di partecipazione nei raggruppamenti temporanei d'impresе (RTI).

Quello, inoltre, che emerge dalla pronuncia dell'Autorità è la convinzione secondo cui *“E' onere della stazione appaltante redigere **in modo chiaro** la documentazione di gara, **evidenziando gli adempimenti a pena di esclusione**”,* asserito che oltre i casi stabiliti dalla legge *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle»* (art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006).