

**IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: RATIO E NORMATIVA ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE**

**IL SOCCORSO ISTRUTTORIO NELL’AMBITO DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Analisi dell’istituto, alla luce delle modifiche apportate dal Nuovo Codice Appalti e dal decreto correttivo D.lgs. 56/17, e di alcuni casi pratici.

A cura dell’avv. Francesca Bello

Nell’ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, il soccorso istruttorio è un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare le proprie domande di partecipazione nel caso di omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documentazione utile ai fini della partecipazione alla gara medesima mediante l’integrazione e/o regolarizzazione successiva.

La ratio dell’istituto è, quindi, quella di evitare l’esclusione degli operatori economici dalla procedure di gara e limitare tale ipotesi ai casi di carenza più gravi in ossequio al principio di ispirazione comunitaria del *favor partecipationis*.

Infatti, basti pensare come questo istituto fu introdotto proprio a seguito del recepimento della direttiva europea n. 71/305/CEE del 26/07/1971, anche se con una formulazione del tutto equivoca e dibattuta.

Nell’ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (D.lgs. 12.04.2006 n. 163) l’istituto era originariamente disciplinato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1- ter.

Con l’entrata in vigore, poi, del nuovo codice degli appalti (D. lgs 50/2016) la disciplina del soccorso istruttorio è stata modificata sotto diversi profili, e a distanza di un anno l’art. 83, comma 9, è stato poi modificato in maniera sostanziale dal decreto correttivo, D.lgs. 56/2017.

La nuova disposizione ha codificato, infatti, i principi elaborati dalla giurisprudenza e dall’ Anac in materia di soccorso istruttorio nelle gare pubbliche.

**Analisi delle modifiche**

In base a tale disposizione, è stato integralmente superato il precedente orientamento che, distingueva tra regolarizzazione ed integrazione documentale e riteneva inammissibile il soccorso istruttorio nel caso in cui il concorrente avesse omesso di presentare documenti o di compiere adempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara.

Inoltre, ai sensi del D.Lgs. del 19/04/2017 n. 56 è stata eliminata la sanzione pecuniaria per accedere alla correzione di dette irregolarità, ciò in piena coerenza ai principi comunitari volti alla massima apertura del mercato della concorrenza.

Quest’ultimo intervento correttivo trae spunto dall’ordinanza 3.10.2016 n. 10012 con la quale il Tar Lazio aveva 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 dl.gs 163 del 2006 rispetto alla disciplina di cui agli art 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE ed ai principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminante in materia di procedure per l’affidamento di lavori, servizi e forniture.

Tra l’altro la totale gratuità del soccorso istruttorio è anche espressione del cosiddetto divieto di goldplating ossia quel divieto per gli Stati membri in sede di recepimento delle Direttive comunitarie di introdurre regole che comportino costi ed oneri aggiuntivi per le imprese e i cittadini rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario.

In ogni caso, secondo il Consiglio di Stato, è possibile far gravare sul concorrente che vi ha dato causa almeno le spese sostenute dalla stazione appaltante derivanti dall’aggravio procedimentale e dalla dilatazione dei tempi necessari per realizzare la prescritta integrazione documentale.

La riscrittura della norma di cui all’art. 83, comma 9, oltre ad eliminare l’onerosità dell’istituto, ha anche superato la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, con la conseguenza che gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull’offerta economica e tecnica.

In generale, quindi, è ora possibile sanare qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell’inalterabilità del contenuto dell’offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Quindi, a fronte di dette irregolarità, l’ente attiverà il procedimento di regolarizzazione assegnando un termine non superiore a 10 gg entro il quale dovrà procedere alle integrazioni comunicando l’operazione da compiere e i soggetti tenuti.

Va ancora detto che secondo oramai giurisprudenza consolidata, l’amministrazione può ricorrere al soccorso istruttorio anche in un momento successivo all’aggiudicazione della gara, ciò per il rispetto della concorrenza tra gli operatori e a beneficio della medesima stazione appaltante che potrebbe vedersi pregiudicato il contratto per “vizi sanabili”.

Sono diversamente irregolarità insanabili quelle afferenti l’offerta tecnica ed economica, e più genericamente, le carenze che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile.

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.

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.

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.

**Fattispecie applicative**

Con riferimento alla **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,” 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.

Tuttavia il Tar Lazio con sentenza n. 8143 del 10.06.2015, confermata dal Consiglio di Stato n. 1377 del 6.4.2016, ha statuito che “*non possono essere escluse dalla gara gli offerenti che hanno stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell’offerta e/o dopo la scadenza del termine di presentazione dell’offerta, in quanto la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell’offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l’assenza dei requisiti di ammissione alla gara*”.

Alla luce di quanto sopra precisato dalla giurisprudenza, 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.

Con riferimento al mancato pagamento del **contributo ANAC**, la stessa autorità è intervenuta con una delibera a chiarimento in data 27 luglio 2017, n.838. Ha quindi chiarito che la mancata allegazione alla domanda di partecipazione della ricevuta di pagamento del contributo all’Autorità non può essere sanzionata dalla stazione appaltante con l’esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell’effettivo assolvimento dell’obbligo in questione entro il termine decadenziale di partecipazione alla gara. Pertanto il mancato pagamento del contributo ANAC può essere oggetto di soccorso istruttorio dietro pagamento della relativa sanzione.

Con riferimento all’ipotesi di **omessa documentazione** inerente la **traduzione giurata** in lingua italiana di un documento presentato in lingua originale. Da un analisi i è visto che in passato, l’amministrazione aggiudicatrice procedeva direttamente all’esclusione della gara del concorrente che aveva omesso la traduzione giurata in lingua italiana di un documento attestante i requisiti di partecipazione, sicchè l’omessa presentazione della traduzione giurata significava sostanzialmente non aver prodotto quel documento con immediata esclusione dalla gara. Oggi, invece, il soccorso istruttorio è uno strumento di generale applicazione di fronte ad ogni forma di irregolarità attraverso il quale allora le amministrazioni aggiudicatrici potranno far regolarizzare la posizione al concorrente.

Alla luce della breve disamina sin qui riportata è possibile affermare che l’eliminazione del soccorso istruttorio oneroso e la maggiore sinteticità sono scelte positive del legislatore in piena coerenza con i principi comunitari. Con alta probabilità si formeranno notevoli precedenti giurisprudenziali in cui sarà possibile il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio a cura delle amministrazioni pubbliche.

Avv. Francesca Bello