

Soccorso istruttorio e dequotazione dei vizi formali

VINICIO BRIGANTE, Soccorso istruttorio e dequotazione dei vizi formali: tendenze e dubbi interpretativi*.

VINICIO BRIGANTE (*)

**Soccorso istruttorio e dequotazione dei vizi formali:
tendenze e dubbi interpretativi**

SOMMARIO: 1. Il nebuloso panorama legislativo. 2. Genesi dell'istituto e evoluzione normativa. 3. L'istituto nella disciplina del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 163/2006. 3.1 Le novità introdotte dal d.l. 90/2014 convertito nella l. 114/2014. 3.1.1 Soccorso istruttorio e regolarità contributiva. 4. Limiti alle varianti migliorative dell'offerta. 5. Compatibilità tra soccorso istruttorio e giudizio elettorale. 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. Il nebuloso panorama legislativo.

Nelle more del recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE, le quali nell'apprezzabile opzione di operare una riscrittura integrale del codice dei contratti pubblici [\[1\]](#), piuttosto che compiere l'ennesima interpolazione di un testo che contiene una disciplina estremamente dettagliata, ma non sempre organica, viene in rilievo, quale criterio direttivo di primario valore del ddl 1678/2014, la riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti.

Il criterio in questione è espressione del più ampio divieto di *gold plating* [\[2\]](#), posto al fine di evitare che gli Stati membri introducano regole che comportino oneri aggiuntivi, che risultino più gravosi per le imprese, rispetto a quelli previsti dalla disciplina dell'Unione Europea, e obbliga il legislatore nazionale ad eliminare le prescrizioni normative ultronee rispetto alla disciplina sovranazionale.

L'obiettivo delle direttive richiamate è quello di pervenire alla razionalizzazione del quadro normativo, al fine di conseguire un livello di certezza del diritto, adeguato all'importanza nodale che riveste la materia degli appalti, e di semplificazione dei procedimenti [\[3\]](#), al fine di evitare la stratificazione normativa che caratterizza la disciplina vigente, nell'obiettivo di effettuare un riordino e una razionalizzazione del sistema, per prevenire incongruenze, sovrapposizioni e surrettizie modifiche.

La scarsa efficienza del sistema vigente è testimoniata dai continui interventi normativi e dal notevole contenzioso di settore, senza ottenere, di converso, risultati evidenti in termini di efficacia delle procedure di affidamento; in tale prospettiva, l'art. 39 del d.l. 90/2014, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", ha operato una modifica degli articoli 38 e 46 del Codice dei contratti pubblici, in ordine ai requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e la tassatività della causa di esclusione.

La sistematica della norma, collocata nel titolo IV del d.l. 90/2014, intitolato "Misure per lo snellimento del processo amministrativo", è esemplificativa della funzione svolta dalla stessa; la norma, nell'*intentio legis*, è adottata in un'ottica di deflazione del contenzioso amministrativo in materia di appalti, di cui una parte rilevante riguarda la fase di ammissione ed esclusione della gara.

La norma è tesa a superare le rigorose esegesi ed applicazione del potere di soccorso istruttorio [\[4\]](#), oggetto di orientamenti giurisprudenziali spesso difformi, mediante la c.d. procedimentalizzazione dell'istituto [\[5\]](#) e la

configurazione dell'esclusione della gara come sanzione legittimata esclusivamente da omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato alla stazione appaltante, e non più da carenze originarie.

Il legislatore, con la previsione in esame, ha operato, in via legislativa, un bilanciamento tra l'esigenza di garantire la più ampia partecipazione possibile di offerenti [6], valore particolarmente avvertito in materia di appalti, e assicurare i principi della *par condicio competitorum* e della speditezza delle operazioni di gara, per evitare di gravare le stesse di ulteriori adempimenti istruttori.

L'avvenuta procedimentalizzazione e il potenziamento dell'istituto appaiono sintomatici di una tendenza volta al ridimensionamento del vizio formale nei rapporti tra amministrazione e cittadino, per approdare alla codificazione di un ordinario modo di procedere volto a far prevalere la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione [7], al fine di rendere la collaborazione tra privato e amministrazione uno strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme [8].

Gli indirizzi interpretativi volti a valorizzare il dato sostanziale sono altresì espressione del principio di proporzionalità [9] dell'azione amministrativa, lesa nel caso in cui un eccessivo formalismo determini un ostacolo alla massima partecipazione e, di conseguenza, al rispetto della concorrenza [10].

2. Genesi dell'istituto ed evoluzione normativa.

La tradizionale condizione di immunità riservata alla pubblica amministrazione rinveniva nel principio di auto responsabilità [11] un corollario formidabile, in forza del quale ciascun concorrente doveva assumersi le conseguenze degli errori commessi nella fase di formazione dell'offerta.

L'articolo 3, della legge 4 gennaio 1968, n. 15, in tema di dichiarazioni temporaneamente sostitutive da produrre presso gli organi della pubblica amministrazione, rimetteva ai regolamenti ministeriali e degli enti pubblici la disciplina dei casi e delle modalità per la regolarizzazione o la rettifica della documentazione irregolare o non conforme alla dichiarazione e per la rettifica della dichiarazione la cui irregolarità attenesse ad elementi non essenziali.

La norma tuttavia risultava di stretta interpretazione pretoria, anche in procedure, quali la licitazione privata [12], nelle quali la gara era di per sé limitata a ditte fornite di speciali requisiti di idoneità [13], e pertanto l'integrazione istruttoria avrebbe inciso in misura marginale sulla speditezza dell'azione amministrativa.

I più recenti approdi legislativi trovano la genesi nel solco tracciato dall'art. 27 della direttiva 71/305 CEE, a norma del quale le amministrazioni aggiudicatrici potevano, entro determinati limiti, invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli.

La legge 8 agosto 1977, n. 584, recante le norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità Economica Europea, prevedeva la possibilità, per le stazioni appaltanti, di invitare i concorrenti a completare o a chiarire certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Tale facoltà costituiva un correttivo all'eccessivo rigore delle forme, applicabile anche nei casi in cui il bando le prescriveva a pena di esclusione [14].

La frenetica legislazione interna, nell'intento di adeguarsi alla disciplina comunitaria, ha prodotto una stratificazione normativa, spesso disorganica.

L'articolo 21 del d.lgs. 406/1991, in attuazione della direttiva 89/440 CEE, prevedeva la facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice di invitare i concorrenti a completare o a chiarire la documentazione o le dichiarazioni presentate, a riprova della sussistenza dei requisiti previsti in tema di capacità tecnica dell'imprenditore.

Nell'interpretazione della norma, si sono contese il campo diverse ricostruzioni ermeneutiche, difforni nel modo

stesso di intendere i poteri della pubblica amministrazione nello svolgimento della gara ad evidenza pubblica.

Tuttavia, a fronte di pronunce difformi in ordine all'intensità del potere attribuito alla stazione appaltante, è possibile rinvenire una matrice pretoria comune, indicativa di una *voluntas legis* tesa a non formalizzare eccessivamente il procedimento di aggiudicazione ed a consentire il superamento di eventuali carenze o imperfezioni documentali [\[15\]](#).

Una prima ricostruzione prevedeva che tale potere in concreto si rivelasse una mera facoltà per la stazione appaltante, facoltà alla quale l'amministrazione stessa poteva legittimamente rinunciare tramite una clausola del bando di gara che, nel sanzionare con l'esclusione "qualsiasi vizio di forma o di sostanza, di fatto ne escludesse l'esercizio" [\[16\]](#).

La stazione appaltante risultava titolare di un'ampia discrezionalità nell'individuare i requisiti alla stregua dei quali effettuare la dimostrazione della capacità finanziaria, purché questi fossero logici, adeguati e congrui, non suscettibili di preconstituire situazioni di assoluto privilegio in favore di pochi soggetti, né tali da precludere l'accesso ad imprese in possesso di indici di affidabilità operativa [\[17\]](#).

Una differente impostazione identificava la richiesta di elementi integrativi quale obbligo per l'amministrazione appaltante, sempre che l'esercizio di detto potere non consentisse al concorrente di completare la sua domanda successivamente al termine stabilito, e, inoltre, che l'acquisizione dei nuovi documenti non comportasse tempi incompatibili con l'urgenza di definire il procedimento di assegnazione [\[18\]](#).

L'esercizio del dovere in questione era subordinato al verificarsi di un'ulteriore condizione, che ne riduceva in maniera significativa l'ambito applicativo; l'esclusione del concorrente, in assenza di richiesta di integrazione, risultava illegittima solo qualora i documenti già in possesso dell'amministrazione contenessero indizi univoci in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione.

Tale esegesi, si emancipava dal *nomen iuris* della norma e cristallizzava in capo alla stazione una coercizione di regolarizzazione di elementi già in possesso della stessa pubblica amministrazione.

L'impostazione preferibile non attribuiva all'amministrazione una facoltà di carattere meramente discrezionale, ma le imponeva un potere - dovere procedimentale, causalmente collegato con la finalità generale di interesse pubblico di trasparenza e imparzialità delle gare [\[19\]](#).

La formula vaga adoperata dal collegio, permetteva di cogliere l'intima *ratio* della disposizione, ibrida nella natura e nelle modalità di esercizio, ma inconfutabile in ordine alle finalità perseguite.

Il d.lgs. 358/1992, recante il Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, emanato a un solo anno di distanza dal d.lgs. 406/1991, è un ulteriore indice rivelatore di una iperproduzione normativa in materia di contratti pubblici.

La giurisprudenza, tuttavia, si era rivelata estremamente prudente nell'interpretazione della norma; l'impostazione pressoché unanime riteneva che l'invito della amministrazione, rivolto ai concorrenti, al fine di ottenere il completamento e i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, fosse da intendersi in termini di mera facoltà.

L'applicazione concreta dell'istituto, nel privilegiare la sostanza rispetto alla forma, o peggio al formalismo [\[20\]](#), era tesa a concretizzare l'interesse della amministrazione affinché partecipassero il maggior numero possibile di soggetti; la previsione di esclusioni e riserve stabilite non in termini generali, ma per singoli contratti, sarebbe stata nell'interesse dell'amministrazione, per cui essa sarebbe stata interprete autentica della propria volontà senza attenersi a linee di rigido formalismo nella verifica dei titoli [\[21\]](#).

L'istituto in esame incontrava due limiti, il primo dei quali individuabile nel divieto di consentire la prova tardiva del possesso di un requisito, in ordine al quale era stata omessa l'allegazione in sede di presentazione dell'offerta nel rispetto dei termini fissati nel bando e il secondo limite consisteva nell'impossibilità di precisare e, sostanzialmente,

alterare, attraverso la tardiva produzione di documenti o chiarimenti, elementi costitutivi dell'offerta, oggetto di valutazione ed attribuzione di punteggio, pena la violazione del principio della *par condicio*.

Nel caso in cui la pubblica amministrazione, nell'applicazione dell'istituto in questione, avesse posto rimedio ad insufficienze o inadempienze dell'impresa concorrente, avrebbe assunto un ingiustificato ruolo di supplenza [22], con conseguente violazione dei principi in materia di scelta del contraente.

L'operatività del principio espresso dall'art. 15, d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358, non poteva spingersi fino al punto da configurare l'esistenza in capo all'amministrazione di un potere discrezionale, volto a porre rimedio ad eventuali insufficienze o inadempienze della impresa partecipante, soprattutto laddove le stesse fossero imputabili esclusivamente all'impresa concorrente.

Il moderato impatto dell'istituto in questione era testimoniato da un orientamento pretorio che riconosceva, all'impresa contro interessata, il risarcimento del danno determinato dalla mancanza di diligenza, da parte della amministrazione, nella conduzione dell'istruttoria.

Particolarmente indicativa appare una controversia oggetto di una pronuncia del T.A.R. Marche [23]; la stazione appaltante aveva ritenuto ammissibile il ricorso all'art. 15, d.lgs. 358/1992, al fine di sanare un'offerta incompleta, pur a fronte di espressa comminatoria d'esclusione nel bando, eccedendo i normali limiti di diligenza.

La condanna al risarcimento in forma specifica, nei confronti della contro interessata, sembrava assumere una funzione deterrente in ordine alla richiesta di chiarimenti da parte dell'amministrazione e un ricorso prudente all'istituto ne costituiva il corollario diretto.

Il d.lgs. 157/1995, in attuazione della direttiva 92/50 CEE, rivelava un significativo ampliamento dei poteri dell'amministrazione; l'art. 16 del d.lgs. aveva precisato e rinvigorito la portata dell'art. 34 della direttiva stessa, in tema di integrazione documentale, disposizione che per le varie realtà amministrative degli Stati comunitari ed il diverso atteggiarsi delle funzioni pubbliche, è stata formulata con riferimento al concetto di potere affinché l'azione amministrativa non fosse considerata *ultra vires* o senza potere.

La facoltà di chiedere chiarimenti e integrazioni alle imprese concorrenti non palesava un potere eventuale della pubblica amministrazione ma intendeva codificare un ordinario modo di procedere volto a far prevalere, in certi limiti, la sostanza sulla forma orientando l'azione amministrativa, in sede di gara, sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e delle capacità tecniche ed economiche [24].

L'istituto non consentiva la presentazione di documenti nuovi o il completamento della domanda di partecipazione ad una gara, proprio perché l'oggetto della norma era riferibile solo al chiarimento ed all'integrazione della documentazione già presentata, quando il suo contenuto fosse ambiguo o di non immediata comprensione.

La norma postulava, per la sua corretta applicazione, la necessaria condizione dell'avvenuta presentazione dei prescritti documenti o dichiarazioni il cui contenuto fosse carente o equivoco; il rispetto del principio di *par condicio* imponeva alla stazione appaltante di non invitare alla regolarizzazione l'impresa che, in presenza di una prescrizione chiara, non l'avesse osservata ed avesse omissso anche quel minimo adempimento documentale onerato dalla *lex specialis*.

Il ricorso all'istituto era ammesso solo quando vi fosse un principio di prova dell'adempimento documentale prescritto e non certo nel caso di sua omissione; l'aver tralasciato d'attestare il requisito risultava non superabile dall'unicità della dichiarazione che l'avrebbe dovuto contenere [25].

Gli oscillanti orientamenti pretori in ordine alle norme in questione non hanno trovato, neanche dopo l'emanazione del Codice dei contratti pubblici, una uniformità che consentisse di rinvenire una *ratio* unitaria dell'istituto.

3. L'istituto nella disciplina del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006.

L'originaria formulazione dell'art. 46, rubricato "Documenti e informazioni complementari", riprendeva il testo

dell'art. 15 del d.lgs. 358/1992; le prime pronunce, tuttavia, rilevavano un mutamento di prospettiva nel modo stesso di intendere il *modus agendi* dell'amministrazione.

Il principio posto dall'art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, pur già presente da tempo nell'ordinamento, era qualificato in termini di dovere di buona amministrazione, in armonia con i principi ispiratori della riforma del 2005 alla legge sul procedimento [\[26\]](#).

Pertanto la disposizione contenuta nel Codice degli appalti, non rappresentava una novità nella formulazione della norma stessa; il potere-dovere della stazione appaltante, previsto dalla normativa di settore, era un corollario diretto della disposizione generale prevista dall'art.6, l.241/1990 [\[27\]](#).

La norma in esame era riferibile alla fase istruttoria di un procedimento amministrativo, seppur settoriale; pertanto risultava applicabile all'istituto in questione il principio di partecipazione procedimentale [\[28\]](#), la cui portata era stata ampliata con la riforma del 2005.

Tuttavia la disposizione in questione esprimeva un principio meno intenso di quello previsto dalla norma di carattere generale, che consente "la rettifica di istanze erronee e incomplete"; questa difformità era dovuta al bilanciamento che la stazione appaltante doveva operare con riferimento al rispetto della *par condicio competitorum*, principio che informa tutta la procedura ad evidenza pubblica.

Non escludere un concorrente per vizi esclusivamente formali, quando era consentita una forma di interlocuzione con la stazione appaltante, è una regola che ha valenza anche in termini di imparzialità.

La norma, nell'originaria formulazione, consentiva di integrare, completare e chiarire la documentazione già presentata con il contro limite del divieto di introduzione di documenti nuovi e soprattutto di modificare l'offerta presentata; inoltre la disposizione non permetteva di ovviare all'omessa allegazione di documenti richiesti a pena di esclusione.

La regola applicativa era individuata in base alla teoria del cd. principio di prova, secondo cui la regolarizzazione era consentita solo ove, da un'analisi della documentazione allegata dal concorrente, emergesse, in maniera univoca e inconvertibile, un principio di prova in ordine al possesso dei requisiti prescritti da parte dell'impresa, a fronte della irregolarità o incompletezza dell'allegato esibito [\[29\]](#).

Come rilevato dal collegamento insito nella riforma recente, che ha operato la revisione delle due norme in maniera contestuale, l'art. 46 deve essere coordinato con l'art. 38 del codice degli appalti.

L'art. 38 rappresentava e rappresenta una delle disposizioni più controverse del d.lgs. 163/2006, oggetto di numerose riforme e di orientamenti pretori spesso discordanti.

La norma individua una chiara – nell'intenzione originaria del legislatore – elencazione dei requisiti di moralità, il cui possesso è indispensabile per partecipare alle gare pubbliche, per ampliare la partecipazione e ridurre al minimo la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del contraente privato.

Tuttavia, la norma, nelle sue molteplici formulazioni [\[30\]](#), a causa dell'eccessivo tecnicismo richiesto per la dimostrazione del possesso dei requisiti, ha generato il contenzioso che la norma stessa era chiamata a scongiurare, ostacolando proprio il libero gioco della concorrenza.

L'art 45 della direttiva 2004/18/CE distingueva tra cause di esclusione automatiche e facoltative, rimettendo ai singoli Stati membri il compito di precisare le relative condizioni di applicazione, conformemente al rispettivo diritto nazionale.

Nel recepimento della direttiva, l'opzione del legislatore italiano si era assestata su un sistema più inflessibile, in cui il difetto dei requisiti prescritti era causa diretta di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica.

All'accertamento della carenza delle caratteristiche richieste, la pubblica amministrazione era obbligata a

comminare l'esclusione dalla gara, nell'esercizio di un'attività connotata dalla cd. discrezionalità monofasica, in quanto l'esclusione impediva la possibilità di eseguire ulteriori valutazioni [\[31\]](#).

I requisiti prescritti dovevano, e devono, preesistere al momento di ammissione della domanda di partecipazione e devono permanere in capo al concorrente per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento.

In ordine alle modalità di esibizione era da prediligere l'impostazione sostanzialistica, che disponeva l'esclusione dalla gara solo al ricorrere della carenza concreta dei requisiti richiesti, a prescindere dalle modalità di attestazione degli stessi, nella prospettiva di semplificare gli oneri dichiarativi, quantomeno nella fase di presentazione delle offerte.

L'impostazione richiamata era in linea con quella delineata dall'Adunanza Plenaria [\[32\]](#), secondo cui nel silenzio del bando di gara, la mera omissione dichiarativa, nel caso in cui il requisito fosse in concreto posseduto, non comportava conseguenze per il concorrente; l'estromissione poteva essere disposta solo in presenza di una espressa clausola che richiedesse, a pena di esclusione, determinati oneri formali.

L'impostazione delineata, prevalente, a favore di una lettura sostanzialistica dell'esclusione dei privati dalle procedure ad evidenza pubblica, non risultava tuttavia unanime; per differente impostazione [\[33\]](#), la modalità di presentazione delle dichiarazioni era elevato a valore autonomo da tutelare, con la conseguenza che ogni errore formale costituiva causa di esclusione.

Tale contrasto pretorio, in ordine alle modalità e alle cause di esclusione dalle gara pubbliche, aveva ripercussioni in merito ai confini entro i quali ricondurre l'istituto del soccorso istruttorio, confini più o meno ampi legati indissolubilmente all'impostazione seguita.

Nel periodo che si colloca tra la riforma del 2011 e quella operata con il d.l. 90/2014, il soccorso istruttorio è stato definito [\[34\]](#), con una definizione suggestiva e efficace al tempo stesso, "un istituto in cerca di identità".

La questione principale da dirimere era quella relativa alla demarcazione dell'area di essenzialità degli elementi costitutivi delle offerte.

La scelta legislativa, operata mediante il d.l. 70/2011, il cd. decreto sviluppo, aveva introdotto nel corpo dell'art. 46 del Codice degli appalti, il comma 1-bis, recante il principio della cd. tassatività delle cause di esclusione, si era orientata nella direzione di saldare a una base normativa l'esclusione dalle procedure di gara, per porre un freno al proliferare delle cd. clausole trabocchetto, ovvero quelle non assistite da alcuna *ratio* giustificatrice [\[35\]](#).

Il potere di soccorso non consentiva la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti fossero previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali [\[36\]](#).

Oltre questa previsione di carattere generale, il comma 1-bis dell'art. 46, poneva l'attenzione in ordine all'incertezza assoluta "sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta", al fine di tutelare il più ampio valore della segretezza delle offerte.

L'indagine sui confini del margine di elemento essenziale poteva essere condotta con riferimento a due diversi criteri.

La prima impostazione perveniva alla definizione di essenzialità in via indiretta, muovendo da due parametri di riferimento di ordine generale, ricavabili dal combinato disposto degli articoli 46 e 74 del Codice degli appalti, che permettevano di ritenere essenziali gli elementi dell'offerta che consentivano di individuare i relativi tratti caratterizzanti in maniera univoca e incontrovertibile.

In base a queste linee guida, l'esclusione risultava sostenibile soltanto in presenza di reali dubbi sull'imputabilità dell'offerta alla concorrente o nel caso di palese incertezza sull'esplicitazione dell'impegno negoziale; l'estromissione dalla gara era giustificabile solo nell'ipotesi di un'offerta con un margine di incertezza significativo,

sia per il contenuto intrinseco della stessa, sia in relazione all'oggetto dell'appalto, essendo da ritenere essenziali quegli elementi dell'offerta atti ad incidere in maniera significativa sul contenuto della stessa, tanto che la loro mancanza avrebbe reso l'offerta non soddisfacente rispetto alle richieste della stazione appaltante [37].

Una differente impostazione consentiva di ricostruire la fattispecie in base alla valorizzazione delle clausole del bando di gara, considerando essenziale ogni elemento, la cui mancanza fosse causa di esclusione in base al dettato della *lex specialis*; questa lettura era applicabile alle clausole univoche, che non lasciavano alla stazione appaltante alcun margine di apprezzamento, consegnando all'interprete un concetto di essenzialità costruito in via immediata e diretta.

La lettura delineata, tuttavia, ha subito un ridimensionamento applicativo, in base alle linee guida pretorie tracciate dall'Adunanza Plenaria [38], la quale relativamente all'omessa indicazione, nell'offerta presentata, dei costi interni per la sicurezza del lavoro, commina l'esclusione dalla gara, anche in assenza previsione espressa in tal senso del bando di gara.

Le clausole escludenti non univoche richiedevano, al contrario, un'ulteriore valutazione da parte della stazione appaltante, perché rimettevano alla stessa un giudizio sul rilievo da attribuire all'adempimento richiesto, costruendo una nozione di essenzialità a formazione progressiva.

L'elemento essenziale dell'offerta, secondo tale lettura, comprendeva non solo gli elementi formali, ma anche altri aspetti, sostanziali, ritenuti "a monte" (nel bando o nel disciplinare) qualificanti dalla stessa amministrazione appaltante, di guisa che la loro assenza avrebbe reso incompleta l'identificazione e/o il contenuto dell'obbligazione programmata in sede di gara e posta a fondamento stesso dell'esecuzione dell'appalto; in tutti questi casi non era possibile accedere ad alcuna successiva precisazione del tenore dell'offerta tramite ricorso al soccorso istruttorio [39].

In base all'analisi delle differenti ricostruzioni ermeneutiche è possibile desumere una prima conclusione generale, che accomuna tutte le posizioni in esame, ossia evitare che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico [40].

Dalle suesposte teorie è possibile apprezzare lo spazio applicativo che l'istituto del soccorso istruttorio deteneva, e i limiti di manovra concessi alle stazioni appaltanti nell'esercizio di tale potere -dovere- prima della riforma operata nel 2014.

Iniziarono ad affacciarsi teorie che individuavano nell'istituto del soccorso istruttorio una componente di doverosità [41] e altre che configuravano l'esistenza di una sorta di automatismo tra le carenze documentali e la richiesta di chiarimenti.

Queste ricostruzioni forniscono indizi rilevanti sull'evoluzione del sistema; dal principio di auto responsabilità dei concorrenti nella presentazione dell'offerta, in forza della quale ogni irregolarità documentale era foriera dell'esclusione del concorrente, si perviene, in via legislativa e pretoria, alla qualificazione in termini di dovere del soccorso istruttorio.

Già prima della riforma operata con d.l. 90/2014, era possibile distinguere tra regolarizzazione e integrazione documentale, sulla base di coordinate ermeneutiche sopravvivenenti, entro determinati limiti, anche dopo la riforma del 2014.

L'integrazione postuma non può essere sollecitata dalla stazione appaltante in quanto incontra l'invalidabile limite della *par condicio*, per definizione prevalente sul *favor participationis* [42], in quanto suscettibile di far assumere alla documentazione presentata contenuti innovativi o sostitutivi di elementi essenziali dell'offerta.

Per natura, l'integrazione si riferisce a elementi intrinseci e sostanziali dell'offerta [43], essendo idonea a introdurre elementi e fatti nuovi, che assumono i contorni della sanatoria o della integrazione postuma vietata, traducendosi in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta [44].

In tal modo è resa manifesta l'essenza stessa dell'istituto in esame, che non deve svolgere funzione sanante, la quale inciderebbe sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando e sull'elusione della natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, ma deve svolgere una funzione di tipo correttivo in relazione a mere irregolarità [45].

E' consentita, invece, la mera regolarizzazione, che si riferisce a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi.

Il soccorso istruttorio ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e sia necessaria solo una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si dibatte dell'esistenza del requisito ma soltanto di una -consentita- precisazione che non innova e non altera la *par condicio* e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita.

La regolarizzazione incontra il limite dell'innovazione postuma, essendo attivabile solo in ordine a elementi che possono essere desunti in maniera inequivocabile dalla documentazione già acquisita agli atti di gara.

Secondo tale impostazione, il ricorso all'istituto in esame è esperibile nell'ipotesi in cui dal quadro fattuale, ricavabile dalla documentazione già presentata, siano presenti elementi sintomatici di un indizio preciso e inconfondibile circa l'effettivo possesso del requisito [46]; un orientamento più sostanzialista richiede un cd. principio di prova-indizio per l'attivazione del rimedio istruttorio [47].

Nell'ipotesi in cui sussistano elementi tali da non richiedere contorsioni e forzature argomentative è possibile desumere il possesso del requisito, non regolarmente allegato, *per relationem*, in base a un quadro indiziario quantomeno chiaro.

Il rimedio non è attivabile qualora il quadro indiziario che si deduce dalla documentazione allegata sia fuorviante e suscettibile di interpretazioni non univoche da parte dell'interprete, indici sintomatici di una carenza sostanziale dell'offerta presentata e, come tale, non sanabile.

Un quadro indiziario non limpido richiede una manovra ermeneutica tale da qualificare l'attività stessa in termini di integrazione vietata.

In ordine all'ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio è opportuno, anche sotto tale aspetto, richiamare le due ricostruzioni ermeneutiche che si sono contese il campo.

Secondo una prima impostazione, più cauta, costituisce diritto vivente il principio per cui, nelle procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, il potere di soccorso, sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di acquisire elementi estrinseci relativi a documenti o dichiarazioni già esistenti, 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 regolarizzazione della forma omessa, ove tali adempimenti, siano previsti a pena di esclusione [48].

Per differente ricostruzione, che afferma la necessità del ricorso al criterio sostanzialistico della natura delle cose, il soccorso è attivabile anche quando non siano state presentate dichiarazioni a pena di esclusione, in quanto non può essere inibito alla stazione appaltante di richiedere alla concorrente di provare che la propria domanda sia, sin dal principio e nella "realtà fattuale", conforme al capitolato di gara [49].

Resta in ogni caso cristallizzato il limite, che incombe in capo alla stazione appaltante, secondo cui il soccorso può essere attivato solo in relazione alla documentazione in suo possesso e la ricerca di indici sintomatici del possesso del requisito non può, in alcun caso, essere condotta all'esterno.

E' possibile, pertanto, ridefinire i confini stessi dell'istituto; il soccorso istruttorio si risolve, giusta il tenore letterale della norma e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno

di rigorosi limiti.

Tali limiti sono ricompresi nella possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una consentita, e sotto certi aspetti doverosa, precisazione che non innova e non altera la *par condicio* e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita [\[50\]](#).

3.1 Le novità introdotte dal d.l. 90/2014, convertito nella l. 114/2014.

Il dibattito in ordine ai confusi e vaghi confini del soccorso istruttorio, in considerazione dello sforzo ermeneutico teso ad ampliarne l'ambito applicativo, richiedeva un auspicabile intervento legislativo, per individuare una apposita fase della gara, in cui garantiti contraddittorio e *par condicio*, si concedesse un termine ai concorrenti per sanare le irregolarità.

Il legislatore è intervenuto, pervenendo alla procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio [\[51\]](#), mediante una modifica nel corpo degli art. 38 e 46 del Codice degli appalti, con un intervento dalla doppia valenza, in parte specifico e in parte generico [\[52\]](#).

L'ambito specifico, che si desume dalla collocazione sistematica della norma, riguarda le autodichiarazioni circa il possesso dei requisiti di carattere generale ex art.38, comma 2-bis; in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive il concorrente non sarà escluso, bensì gravato dall'obbligo di corrispondere una sanzione pecuniaria alla stazione appaltante.

L'ambito generico si ricava dal comma 1-ter dell'art. 46, che rende le dichiarazioni di gara suscettibili dello stesso trattamento sostanzialistico riservato alle autodichiarazioni, e racchiude una categoria eterogenea di atti di gara.

La finalità dichiarata della disposizione è di imporre un'istruttoria celere e preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione in ordine all'ammissibilità dell'offerta e della domanda, al fine di evitare l'esclusione per mere carenze formali.

Autorevole dottrina, giurisprudenza e determinazioni delle autorità di settore si sono affannate per delimitare l'ambito oggettivo del "nuovo" soccorso istruttorio procedimentalizzato, con risultati soddisfacenti e qualche ombra che ancora permane sull'istituto ed è foriera di orientamenti contrastanti.

La norma, pur in presenza di mancanza incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, impone alla stazione appaltante di attivare un sub procedimento volto alla regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie [\[53\]](#).

Alla locuzione "elementi" si deve attribuire autonomia lessicale e un significato distinto da quello delle dichiarazioni, precisando che nella categoria in esame rientrano tutti i documenti da produrre in gara; l'Autorità Anticorruzione conferma la ricostruzione che ha escluso che il concetto di "elementi" possa riferirsi a documenti connessi alle dichiarazioni e al relativo processo formativo [\[54\]](#).

Secondo una diversa impostazione, non vi sarebbe alterità sostanziale tra le due locuzioni, in quanto gli elementi costituirebbero il contenuto delle dichiarazioni rese in gara [\[55\]](#).

Per "dichiarazione" sanabile con il rimedio in esame, deve intendersi la cd. attestazione di scienza, con esclusione dall'ambito di operatività dell'istituto delle manifestazioni di volontà che comprendono l'offerta in gara, intesa sia come offerta di prezzo, sia come offerta tecnica.

I vizi essenziali sanabili con il soccorso istruttorio sono le irregolarità o le carenze che rendono impossibile attribuire al concorrente il possesso del requisito richiesto.

L'incertezza sulla titolarità del requisito si verifica quando la dichiarazione sia carente con riferimento ai requisiti ex art. 38, comma 1, quando non sia soggettivamente imputabile al dichiarante o quando, dalla documentazione prodotta, permangano dubbi in relazione al possesso del requisito.

In realtà, come rilevato dall'Adunanza Plenaria [56], nella prospettiva di dequotazione dei vizi formali, già prima della novella legislativa, in sede di produzione documentale per la partecipazione a gara d'appalto, deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili e deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii *ob relationem* di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali.

Nei casi 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; i vizi non essenziali vengono definiti in via residuale e indiretta e si riferiscono alle carenze e irregolarità che non determinano alcuna incertezza oggettiva o soggettiva in ordine alla dichiarazione.

Come rilevato [57], sussiste un *tertium genus* di vizi definiti "esigibili", la cui sussistenza legittima la stazione appaltante ad attivare il "vecchio" soccorso istruttorio, senza la sottoposizione dell'attività ad alcun termine perentorio o sanzione; i vizi exigibili sono definiti in base al rimedio attivato, ossia il soccorso istruttorio "ante riforma" inteso come potere immanente della pubblica amministrazione.

La determinazione 1/2015 dell'Anac richiama, a titolo meramente esemplificativo, nell'ambito delle richieste exigibili, le indicazioni da fornire ai fini della verifica della regolarità contributiva, questione che appare quanto mai aperta.

Dall'ambito applicativo del soccorso istruttorio restano esclusi le certificazioni e i documenti, ovvero tutti gli atti diversi dalle dichiarazioni, quali ad esempio le attestazioni SOA.

3.1.1 Soccorso istruttorio e regolarità contributiva.

L'art. 38, comma 1, lett. i, del Codice degli appalti stabilisce che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ne? possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Ai sensi della legge 98/2013, ai fini della verifica per il rilascio del D.U.R.C. (documento unico di regolarità contributiva), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento, gli enti preposti al rilascio, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità.

Si tratta di un'attività di regolarizzazione che spetta all'ente previdenziale, un soccorso istruttorio di settore, con tempistica e modalità particolari.

Sul ruolo e il rilievo della stazione appaltante, in ordine a tale attività di regolarizzazione, si sono contese il campo diverse ricostruzioni ermeneutiche.

Secondo una impostazione, suffragata dall' Adunanza Plenaria [58], la regolarizzazione contributiva, prevista dalla l. 98/2013, riguarda l'ente preposto al rilascio del D.U.R.C., ma non spetta in alcun modo alla stazione appaltante e di conseguenza tale attività non pregiudica la legittimità degli atti di gara.

In tema di gare ad evidenza pubblica le violazioni in materia previdenziale e assistenziale non sono rimesse alla valutazione della stazione appaltante, ma si desumono dalla disciplina di settore e la relativa regolarizzazione è demandata agli istituti di previdenza [59], senza che le stazioni appaltanti possano effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli adempimenti ed alla definitività dell'accertamento [60].

Per differente impostazione, che appare più coerente con i più recenti approdi normativi, le amministrazioni procedenti non possono legittimamente arrestarsi alla presa d'atto del responso sintetico fornito dall'ente previdenziale per mezzo del D.U.R.C., bensì devono effettuare una autonoma istruttoria circa i caratteri dell'irregolarità contributiva cumulativamente richiesti dal legislatore, ossia la "gravità" e la "definitività".

Tale attività di verifica ed apprezzamento, da svolgersi in contraddittorio con l'impresa interessata, non può essere surrogata dalla certificazione formata dall'ente previdenziale, al quale solo compete di attestare l'esistenza e l'entità del rapporto debitorio [\[61\]](#).

In altre parole, la circostanza che la l. 98/2013, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio del D.U.R.C., faccia obbligo agli enti previdenziali, deputati alla sua emanazione, di attivare un procedimento di regolarizzazione in sede di gara d'appalto affinché i concorrenti possano sanare la loro posizione prima dell'emissione di un documento di irregolarità, non comporta che, in caso di D.U.R.C. negativo, le stazioni appaltanti possono legittimamente limitarsi alla presa d'atto del responso sintetico fornito dall'Ente previdenziale ma, al contrario, devono effettuare un'autonoma istruttoria circa il carattere definitivo di dette irregolarità [\[62\]](#).

Il dualismo ermeneutico ha condotto il Consiglio di Stato a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, con le ordinanze 29 settembre 2015, n. 4542 e 21 ottobre 2015, n. 4799.

Le ordinanze ritengono che vada rimessa alla Plenaria la seguente questione "se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del [d.l. 21 giugno 2013, n. 69](#), convertito con modificazioni, nella [l. 9 agosto 2013, n. 98](#), sia limitata al rapporto tra impresa ed Ente preposto al rilascio del D.U.R.C. senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante (dovendo essa applicare comunque l'art. 38 del [d. lgs. n. 163 del 2006](#), che richiede il possesso dei requisiti al momento della partecipazione alla gara), ovvero se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, detto art. 38 e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva".

Nell'attesa della pronuncia della Plenaria è opportuno rilevare che la regolarizzazione contributiva, prevista in via positiva dalla l. 98/2013 (in sede di conversione del d.l. 68/2013) pur mirando a mitigare la rigidità di situazioni di irregolarità, non ha inciso sulle modalità di controllo della situazione contributiva da parte della stazione appaltante con riferimento alle gare pubbliche, né ha introdotto una sorta di sanatoria per l'impresa che, anche al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, continui a non trovarsi in una situazione di regolarità contributiva; limitare il compito della stazione appaltante a una mera presa d'atto del responso sintetico fornito dall'ente previdenziale non appare in linea con gli sviluppi ermeneutici e legislativi più recenti.

Inoltre, ponendo la questione in prospettiva con il recepimento delle direttive, il Consiglio di Stato ha sollevato la questione alla CGUE, in quanto l'art. 57, direttiva 24/2014 UE, espressamente chiarisce che l'esclusione per irregolarità contributiva "non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe".

Pertanto il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte la questione circa la compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che, nell'ambito di una procedura d'appalto sopra soglia, consenta la richiesta d'ufficio della certificazione formata dagli istituti previdenziali (D.U.R.C.) ed obblighi la stazione appaltante a considerare ostativa una certificazione dalla quale si evince una violazione contributiva pregressa ed in particolare sussistente al momento della partecipazione, tuttavia non conosciuta dall'operatore economico — il quale ha partecipato in forza di un D.U.R.C. positivo in corso di validità — e comunque non più sussistente al momento dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio [\[63\]](#).

4. Limiti alle varianti migliorative dell'offerta

Uno dei limiti invalicabili, lesivi della *par condicio competitorum*, è sempre stato quello relativo al divieto di apportare migliorie all'offerta.

La previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è stata generalizzata dall'art. 76 del Codice dei contratti pubblici [64], a norma della quale l'amministrazione deve indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi, limitatamente agli appalti il cui criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La *ratio* della scelta normativa si basa sulla circostanza che, allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici, ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari delle modifiche rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione; deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo *de qua* che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, sia consentito alle imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio*.

Nelle gare pubbliche, sono ammesse varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si pone come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla pubblica amministrazione; è inoltre essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della amministrazione sottese alla prescrizione variata [65].

In definitiva sono soluzioni migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie attinenti ad aspetti tecnici lasciati 'aperti' a diverse soluzioni, che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste; le varianti, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale.

La formulazione di soluzioni migliorative - e non già varianti - è insita nell'adozione del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa [66].

Infatti, attraverso quest'ultimo metodo di selezione del contraente si persegue proprio lo scopo di ricercare nel mercato soluzioni tecniche migliorative all'idea progettuale elaborata dall'amministrazione, e sulle quali il confronto competitivo è destinato a svolgersi, purché le soluzioni offerte restino nell'ambito delle caratteristiche fondamentali del progetto posto a base di gara [67].

5. Compatibilità tra soccorso istruttorio e giudizio elettorale.

La procedimentalizzazione dell'istituto del soccorso istruttorio in materia di contratti pubblici trova limiti oggettivi e connaturati allo spazio applicativo che si vuole concedere all'istituto stesso in settori differenti.

La scelta del legislatore, con riferimento al procedimento elettorale e alla sua eventuale fase contenziosa, si è assestata su una disciplina e una tutela celere ed efficace, con termini ridotti [68] nel rispetto dei principi di certezza e di celerità della relativa definizione.

Secondo una prima ricostruzione, più rigorosa, le prescrizioni di legge, che impongono l'assolvimento di obblighi documentali vanno osservate senza possibilità di deroga o di interpretazione estensiva con conseguente l'impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio *ex officio*, a fronte di un mero principio di prova, offerto dagli interessati, in ordine al possesso dei requisiti richiesti.

Pertanto, nel termine prescritto, la parte interessata alla presentazione delle liste elettorali è tenuta a fornire la prova - nelle forme di rito - della propria posizione legittimante, non solo non essendo ammessa dimostrazione alternativa (e non pienamente certa), ma dovendosi altresì escludere qualsivoglia onere acquisitivo da parte dell'Amministrazione Pubblica, il che contrasterebbe palesemente con i principi di certezza e di celerità sottesi al procedimento elettorale, oltre ad introdurre una inammissibile deroga al principio della *par condicio* nei riguardi dei candidati di altre liste [69].

La fase precedente l'elezione non ammette alcuna regolarizzazione, integrazione o correzione dell'istanza o della documentazione, in quanto la tempistica dei procedimenti in esame mal si concilia con rinvii e rimessioni in termini [\[70\]](#).

Una differente impostazione, allo stato dell'arte minoritaria, ritiene che in materia elettorale il soccorso istruttorio prestato dall'Ufficio elettorale è ammissibile in tutti i casi in cui l'irregolarità sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore, fatto dell'amministrazione, errore scusabile e comunque se la regolarizzazione non comporta indagini istruttorie e approfondimenti incompatibili con i tempi del procedimento elettorale e con il rispetto del termine massimo di presentazione delle candidature, pena la violazione della *par condicio* e dell'interesse pubblico alla necessaria concentrazione e celerità delle varie fasi di cui si compone il procedimento elettorale [\[71\]](#).

Questa lettura fa proprie le acquisizioni che il soccorso istruttorio ha guadagnato in materia di appalti, calando la fattispecie in materia elettorale e bilanciando l'istituto con il principio della celerità che informa tutto il procedimento elettorale, con un corredo argomentativo, che, *prima facie*, non si espone a critiche.

6. Brevi riflessioni conclusive.

In un contesto quanto mai mutevole, è opportuno pervenire a brevi conclusioni, in tema di soccorso istruttorio, specie in materia di contratti pubblici.

Come osservato [\[72\]](#), il primo rilievo è da muovere alla scelta del regime transitorio del d.l. 90/2014; applicare la novella alle gare in corso avrebbe permesso una analisi più completa in ordine all'impatto dell'istituto, destinato a mutare nuovamente con il recepimento delle direttive del 2014.

La spinta ermeneutica e legislativa appare tuttavia chiara, improntata a una dequotazione *tout court* dei vizi formali, seppur ancora divaricata in ordine ai limiti e ai confini da attribuire al soccorso istruttorio "legittimo", che non violi il primario valore della *par condicio*.

L'aspetto della norma che appare più controverso è quello relativo al pagamento della sanzione che rende la fattispecie domestica in antipatia con la relativa fattispecie comunitaria che ammette le integrazioni – sempre con il presidio della *par condicio* – ma senza onere pecuniario a carico dell'operatore economico [\[73\]](#).

Tuttavia, in sede di recepimento, il Governo ha ricevuto dal Senato precise indicazioni proprio per omologare l'istituto interno a quello comunitario, eliminando il profilo sanzionatorio richiamato.

E' opportuno altresì osservare come la disciplina contenuta nel d.l. 90/2014 si avvicini alla previsione contenuta nell'art. 59, direttiva 24/2014, che introduce e accorpa tutte le autodichiarazioni, in una unica dichiarazione sostitutiva, denominata DGUE (documento unico di gara europeo), che consiste in una prova documentale preliminare unica in cui si conferma il soddisfacimento delle condizioni di partecipazione alla gara.

L'art. 59, comma 4, direttiva 24/2014 UE, stabilisce che "l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura", consegnando al legislatore interno un istituto dall'ambito applicativo ampio, quantomeno in ordine alla possibilità di farvi ricorso "in qualsiasi momento".

Tuttavia in pendenza del termine di recepimento, è inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta nell'ordinamento interno delle direttive stesse, in quanto appare, *prima facie*, che l'atto comunitario introduca un "nuovo" soccorso istruttorio, un nuovo istituto, non in linea di continuità con la disciplina del vigente Codice dei contratti pubblici, che come tale esige una compiuta disciplina normativa interna, per la coerente declinazione dei relativi elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità [\[74\]](#).

In conclusione la portata effettiva dell'istituto deve essere valutata con specifico riferimento alle carenze della cd. porzione tecnica delle offerte, come confermato da un recente arresto del Consiglio di Stato [\[75\]](#).

A fronte di un ampliamento della portata dell'istituto in esame, il valore da tutelare sembra essere proprio quello della certezza dei requisiti tecnici delle offerte, che ricomprendono un alveo eterogeneo di fattispecie, la cui carenza o incertezza mina l'affidabilità e la valutabilità dell'offerta nel suo complesso, senza possibilità di attivare alcun soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento.

Secondo tale lettura non è sufficiente la mera allegazione generica dei requisiti tecnici dell'offerta, ma gli stessi devono essere indicati, a pena di esclusione, come autonomi elaborati, anche in relazione al progetto esecutivo [76].

In senso più ampio la tutela della libera concorrenza, e del connesso corollario del *favor participationis*, non deve essere perseguita incautamente come valore in sé [77], ma deve essere bilanciata con altri valori, quali la certezza delle offerte, al fine di realizzare proficuamente quel modello di economia sociale di mercato altamente competitiva, che emerge dalla stessa normativa europea.

(* *Dottorando di ricerca in diritto amministrativo.*

[1] Audizione del presidente dell'ANAC nell'ambito dell'esame del ddl 1678/2014 presso la Commissione lavori pubblici del Senato.

[2] R. Cantone, F. Merloni, *“La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione”*, Torino, 2015, Giappichelli, pag. 184; il divieto in questione è previsto dall'art. 32, comma 1, lett. c), legge 234/2012, in materia di partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea.

[3] A.S. n. 1678, XVII legislatura.

[4] Relazione illustrativa al disegno di legge 2486 A.C.

[5] Determinazione ANAC, Vigilanza contratti pubblici, n.1, dell'8 gennaio 2015.

[6] Questo bilanciamento operato in via legislativa è espressione del superamento di un sistema teso solo alla tutela della *par condicio*. In tal senso Cons.St., Sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567; la violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione esprime la prevalenza del principio di formalità che non può essere superato dall'opposto principio del *favor participationis*.

[7] S. Baccarini, *“Codice dell'appalto pubblico”*, Milano, 2011, Giuffrè, pag. 567 e ss.

[8] Questa tendenza, in via isolata, la si desumeva da qualche pronuncia emanata ante-Codice dei contratti pubblici. Cons. St., Sez. V, 2 marzo 1999, n. 233; è facoltà della p.a., nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, di invitare le imprese a regolarizzare o integrare i documenti da esse versati, costituendo ciò un temperamento al rigoroso rispetto delle forme, anche se indicate a pena di decadenza, soprattutto nella fase di prequalificazione.

[9] C. Franchini, *“I contratti di appalto pubblico”*, Torino, 2008, UTET; il principio di proporzionalità negli appalti ha matrice pretoria ed assume fisionomia chiara e il cui rispetto risulta essenziale nella predisposizione dei bandi di gara, poiché ammettendosi che il g.a possa sindacare la legittimità della *lex* di gara sotto il profilo del rispetto di detto principio, lo si eleva a ulteriore parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Sul principio di proporzionalità si veda Galetta, *“Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano”*, in Foro Amministrativo T.A.R. 2007.

[10] M. Santise, *“Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo”*, Torino, 2014, Giappichelli, pag. 173 e ss.

[11] T.A.R. Puglia, Bari, 16 novembre 2010, n. 3095; secondo il principio di autoreponsabilità, presumendosi l'operatore professionale, accorto ed esperto, grava su quest'ultimo l'incombenza di segnalare con cura e

scrupolo i requisiti di ammissione.

[12] T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 15 giugno 1995, n. 275; è legittima l'esclusione del concorrente che abbia ommesso di produrre un documento nelle forme richieste dalla lettera d'invito (certificato della Camera di commercio o "dichiarazione sostitutiva" di certificazione ex art. 3 l. 4 gennaio 1968 n. 15) e l'abbia, invece, prodotto nelle forme dell'atto di notorietà, giacché la dichiarazione sostitutiva e l'atto notorio sono infungibili assolvendo l'una alla funzione di far constatare alla p.a. - esclusivamente a fini amministrativi e in luogo di certificazioni rilasciate dalla stessa - circostanze a questa risultanti in propri atti, l'altro a far conoscere fatti, stati e qualità personali che sono a "diretta conoscenza" del solo interessato e non risultano in altro modo alla p.a.

[13] R. Damonte, M. Morselletto, *"Il sistema di scelta del contraente"*, Milano, 2007, Ipsoa.

[14] Cons. St., Sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 120; la clausola del bando di gara che richiede a pena di esclusione l'autentica della sottoscrizione di talune dichiarazioni non preclude pertanto la regolarizzazione successiva del documento mediante la produzione di analoga dichiarazione con sottoscrizione autenticata, tanto più che nel caso in esame la regolarizzazione del documento non attiene al suo contenuto, ma esclusivamente alla garanzia dell'autenticazione della sottoscrizione, la cui provenienza non è stata posta in discussione.

[15] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 11 dicembre 1997, n. 2104.

[16] T.A.R. Marche, 4 luglio 1996, n. 314

[17] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1 ottobre 1998, n. 3031; l'invito che l'amministrazione appaltante può rivolgere, ai sensi degli art. 18, comma 3, l. 8 agosto 1977 n. 584 e 21, comma 3 d.lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, alle imprese partecipanti ad una gara per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, di completare o chiarire le dichiarazioni rese, costituisce una facoltà per l'amministrazione stessa, e non un obbligo, esercitabile solo a fronte di vizi di forma, e non di sostanza. In sede di gara per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, quest'ultima dispone di ampia discrezionalità nell'individuare i requisiti alla stregua dei quali effettuare la dimostrazione della capacità finanziaria, purché questi siano logici, adeguati e congrui, non suscettibili di preconstituire situazioni di assoluto privilegio in favore di pochi soggetti né tali da precludere l'accesso ad imprese in possesso di indici di affidabilità operativa.

[18] T.A.R. Piemonte, Sez. II, 20 luglio 1993, n. 259; qualora i documenti già in possesso dell'amministrazione contengano elementi che costituiscano indizio del possesso del requisito di partecipazione, è illegittima l'esclusione del concorrente dalla gara senza la previa richiesta della ripetuta integrazione.

[19] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 2 agosto 1998, n. 355.

[20] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 23 luglio 2004, n. 7288; in una lettura più ampia, secondo il collegio, l'art. 15, d.P.R. 358/1991 era da intendersi come corollario sia alle disposizioni ex art. 7 e ss. l. n. 241 del 1990, le quali, a loro volta, sanciscono i principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento al fine di perseguire l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa, sia alla regola generale della buona fede nelle trattative negoziali, affinché, quindi, ciascuna parte fosse al contempo mittente e destinataria del flusso di informazioni, occorrenti all'esatta determinazione della propria volontà sul contratto.

[21] S. Buscema, A. Buscema, R. Raffaele, *"I contratti della pubblica amministrazione"*, Padova, 2008, Cedam, pag. 423 e ss.; il formalismo non ha impedito il verificarsi di abusi e distorsioni che non hanno garantito né la parità effettiva fra i concorrenti né, tanto meno, gli interessi economici della pubblica amministrazione.

[22] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5623

[23] T.A.R. Marche, 20 gennaio 2003, n. 9; ai fini del risarcimento del danno, a fronte dell'accertata violazione di norme, l'aggiuntivo giudizio sull'esistenza della colpa non deve identificarsi con quello sulla legittimità del provvedimento amministrativo, ma deve cogliere momenti obiettivi propri ed ulteriori, indirizzandosi su elementi quali: la gravità della violazione, la conoscibilità delle procedure da adottare usando una media diligenza,

l'esistenza di indirizzi giurisprudenziali consolidati, la mancata diligenza usata nell'effettuare l'istruttoria.

Di contro, possono indurre ad escludere la colpa: l'equivocità o contraddittorietà della normativa di riferimento, i contrastanti orientamenti giurisprudenziali, la novità delle questioni che abbiano contribuito in misura determinante a condizionare negativamente l'operato dell'Amministrazione.

Nel caso di specie accertata l'esistenza di un "danno ingiusto", causato da una colpevole azione dell'amministrazione intimata, si è proceduto alla condanna dell'amministrazione al risarcimento in forma specifica, per quella parte di attività ancora da eseguire, e per equivalente, per quelle attività già eseguite dalla ditta controinteressata, assumendo in tale ultimo caso quale criterio di quantificazione l'utile d'impresa calcolato forfettariamente in misura pari al 10% dell'importo, risultante dall'aggiudicazione.

[24] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 10 maggio 1996, n. 253

[25] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 23 novembre 2005, n. 12000; diversamente dalla fase di valutazione (comparazione) delle offerte, finalizzata ad accertare la meritevolezza dell'impresa partecipante d'aggiudicarsi l'appalto in gara, la pre-qualifica ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di partecipabilità alla gara, onde non v'è bisogno di fornire le medesime prove esaustive occorrenti per l'esame dell'offerta.

[26] T.A.R. Liguria, Sez. I, 20 aprile 2007, n. 686

[27] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 luglio 2015, n. 9383; il potere con cui il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni e ordinare esibizioni documentali riconosciuto dall'art. 6, l. n. 241 del 1990 va esercitato con assoluta cautela nelle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, per le esigenze di *par condicio*, trasparenza e rigore formale, da cui esse, a tutela dell'interesse pubblico, sono caratterizzate. Quindi, non può essere esercitato da parte dell'Amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di sanare invalidità e irregolarità. Non può essere esercitato da parte dell'Amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di chiarire aspetti dell'offerta che si presentano oscuri per colpa dell'offerente stesso, vale a dire perché l'offerente, pur potendo essere chiaro, non lo è stato. Può essere esercitato dall'Amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di chiarire aspetti dell'offerta già in sé completa e valida, quando l'oscurità o lacuna non è imputabile all'offerente, ma ad una non chiara formulazione della legge di gara. In nessun caso, può consentirsi una modifica dell'originaria offerta, che si tradurrebbe in una nuova manifestazione di volontà negoziale.

[28] G. Ruggeri, "Codice dei contratti pubblici", Milano, 2007, Giuffrè.

[29] S. Baccarini, op. cit.; Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2007, n. 1652.

[30] Tra le riforme più recenti, senza presunzione di esaustività, è opportuno segnalare il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 convertito con modifiche nella l. 12 luglio 2011, n. 106, il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito con modificazioni nella l. 4 aprile 2012, n. 35 e il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134.

[31] T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 20 gennaio 2005, n. 1774; la disposizione di cui al comma 1 lett. c) art. 75 d.P.R. n. 554 del 1999 si caratterizza per una discrezionalità monofasica dell'amministrazione, la quale una volta ritenuto che una determinata condanna incida sulla moralità ed affidabilità professionale del concorrente è obbligata ad escludere lo stesso dalla gara.

[32] Cons. St., Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 10; in caso di mancata presentazione, da parte del cessionario, della dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lg. n. 163/2006 con riferimento agli amministratori e direttori tecnici operanti presso il cedente nell'ultimo triennio (ora, nell'ultimo anno) e sempre che il bando di gara non contenga al riguardo un'espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta solo qualora venga effettivamente riscontrata l'assenza del requisito in questione.

[33] Cons. St., Sez. III, 16 marzo 2012, n.1471; nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni già di per sé costituisce un valore da perseguire perché consente, anche in coerenza con il principio

di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara: pertanto, una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o non di partecipare alla procedura competitiva.

[34] E. Frediani, "Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità", in *Urbanistica e Appalti*, 5/2014

[35] R. Garofoli, G. Ferrari, "Codice degli appalti pubblici", Roma, 2013, Nel Diritto Editore.

[36] Cons. St., Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n. 9; sono legittime le clausole che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati.

[37] T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 8 agosto 2013, n. 727; è pur vero che il principio della più ampia partecipazione alle gare pubbliche può interferire con il valore della *par condicio* e con la regola che impone la piena riferibilità dell'offerta al suo autore, e tuttavia occorre verificare se nel caso di specie l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisca o meno alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia elaborato l'offerta in conformità alle prescrizioni della legge di gara e, più in dettaglio, ai facsimile da essa stessa approntati. Si può affermare che, a fronte di una dichiarazione come quella resa dalla controinteressata - perfettamente ricalcante l'indicazione dello schema di domanda - l'esclusione risulterebbe sostenibile soltanto in presenza di reali dubbi sull'imputabilità dell'offerta alla concorrente dalla quale proviene, ossia nel caso di palese incertezza sull'esplicitazione dell'impegno negoziale.

[38] Cons. St., Ad. Pl., 20 marzo 2015, n.3; con ord. n. 88 del 2015, il Cons. St., nel pronunciarsi sull'appello avverso la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 2010/2014, alla luce dei contrasti giurisprudenziali esistenti, ha rimesso all'Ad. Pl. l'interpretazione del disposto dell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, per la soluzione della questione relativa all'estensione della predetta norma e alla sua applicabilità o meno ai contratti di lavori pubblici oltre che a quelli di servizi e forniture. Il quesito imponeva pertanto all'Adunanza Plenaria *"di verificare se, in ogni caso, la sanzione dell'esclusione debba essere comminata anche laddove l'obbligo di specificazione degli oneri non sia stato prescritto dalla normativa di gara e se, ai fini della soluzione, possa avere rilievo la peculiarità della fattispecie, data la circostanza che viene in rilievo un appalto integrato, caratterizzato dall'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla scorta di un progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante"*.

Come anticipato, la questione attiene alla corretta interpretazione del disposto di cui all'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, che il Giudice *a quo* aveva individuato come norma da cui discende l'obbligo, per le imprese partecipanti alla gara, di indicare, a pena di esclusione, gli oneri relativi alla sicurezza in maniera analitica sin dal momento della presentazione delle offerte.

Nel caso di specie veniva in rilievo la mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza c.d. interni o aziendali, cioè quelli propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal documento di valutazione dei rischi. Veniva chiesto cioè di verificare se l'art. 87, comma 4, fosse prescrizione di respiro universale ovvero norma relativa ai soli appalti di servizi e forniture, cui si riferisce espressamente l'inciso finale con il rinvio *"all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture"*.

Le criticità che hanno caratterizzato il contrasto interpretativo derivano dalla terminologia usata dal legislatore nella richiamata norma. La stessa, mentre al primo periodo ribadisce per tutti gli appalti che gli oneri della sicurezza non sono soggetti a ribasso d'asta e devono essere conformi al piano di sicurezza e di coordinamento, al secondo periodo precisa, facendo riferimento esplicito questa volta ai soli settori dei servizi e delle forniture, che l'indicazione relativa ai costi della sicurezza deve essere sorretta da caratteri di specificità e di congruità ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Secondo una prima lettura di matrice estensiva la *ratio* della norma risponde a finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori e, quindi, a valori sociali e di rilievo costituzionale che assumono rilievo anche nel settore dei lavori pubblici.

In tal senso si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2013 n. 3565, in www.giustizia-amministrativa.it, Id., Sez. III, 5 ottobre 2011 n. 5421, *ivi*; Id., Sez. V, 19 luglio 2013 n. 3929, *ivi*.

Recentemente la giurisprudenza ha fornito una lettura diversa della norma, ritenendo che l'obbligo di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendali riguardi solo appalti di servizi o di forniture in ragione della speciale disciplina normativa riservata agli appalti di lavori, che si connota per l'analisi preventiva dei costi della sicurezza aziendale.

In termini si vedano, per tutti, Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2014 n. 2343, in www.giustizia-amministrativa.it, Id., 9 ottobre 2013 n. 4964, *ivi*.

L'Ad. Plen. del Cons. Stato, distinguendo tra le due tipologie di costi per la sicurezza (quelli da interferenze e quelli interni o aziendali), esamina la questione interpretativa sottoposta alla sua attenzione e conclude nel senso di ritenere che nelle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori i concorrenti debbano indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza interni o aziendali.

[39] T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 27 marzo 2013, n. 880.

[40] Determinazione Avcp, 10 ottobre 2012, n. 4.

[41] F. Saitta, *"Il nuovo codice dei lavori, servizi e forniture"*, Padova, 2008.

[42] T.A.R. Trentino, Sez. I, 17 luglio 2013, n. 237.

[43] F. Mastragostino (a cura di), *"Diritto dei contratti pubblici; Assetti e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014"*, Torino, 2014 Giappichelli, pag. 176 e ss.; il soccorso istruttorio può consentire l'integrazione della documentazione presentata nell'ipotesi di clausole del bando ambigue e allorché il concorrente sia incorso in errore scusabile in ragione di una omissione della stazione appaltante.

[44] Cons. St., Sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 694; Nelle gare pubbliche di appalto, ai sensi dell'art. 46, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 e a tutela della *par condicio* tra i concorrenti, il rimedio dell'integrazione documentale non può essere utilizzato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara

[45] Cons. St., Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n. 9

[46] Cons. St., Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965; Cons. St, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981

[47] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 1 agosto 2013, n. 1219; La circostanza che un concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante nella *lex specialis* e nella modulistica ufficiale non può andare in danno dello stesso, dovendo prevalere, a fronte di un'oggettiva incertezza ingenerata dagli atti predisposti dalla stazione appaltante e della buona fede che va riconosciuta al concorrente, il principio del *favor participationis*; pertanto, anche se tale principio ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della *par condicio*, tuttavia, l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità alle prescrizioni della legge di gara o al facsimile di offerta da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta di integrazione.

[48] T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 febbraio 2014, n. 67.

[49] Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370; il principio giurisprudenziale, secondo cui il potere di soccorso istruttorio non può ledere la *par condicio* ammettendo anche oltre il termine previsto dal bando documenti o dichiarazioni che devono essere presentati entro detto termine a pena di esclusione, deve essere retto inteso e applicato nel senso che tale integrazione non è ammessa laddove essa sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, consentendole di "aggiustare?" il

tiro e di modificare in itinere la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti, ma non nel senso che sia inibito alla stazione appaltante richiedere o alla concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta era, sin dal principio e nella realtà effettuale, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* e che tale non apparisse per la presenza di un mero vizio formale o di un errore materiale; una simile integrazione mai potrebbe ritenersi violativa della *par condicio* poiché tale principio deve ragionevolmente accordarsi e temperarsi con quello, superiore e avente valenza sostanziale, che impone la massima partecipazione di tutti i soggetti che effettivamente abbiano i requisiti necessari.

[50] Cons. St., Ad. Pl., 9 febbraio 2014, n.9

[51] Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890; l'art. 39 del d. l. n. 90/2014 il quale, per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, inserisce un comma 2 bis all'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 introducendo una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbligando la stazione appaltante ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti e imponendo l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento, risulta finalizzato a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 d.lg. cit., mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie). La disposizione stessa offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale.

[52] R. De Nictolis, *"Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture"*, in www.federalismi.it

[53] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 78.

[54] Determinazione ANAC, Vigilanza contratti pubblici, n.1, dell'8 gennaio 2015.

[55] T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 10 luglio 2015, n. 522.

[56] Cons. St., Ad. Pl., 30 luglio 2014, n.16

[57] AA. VV., *"Le novità in materia di appalti alla luce della determinazione ANAC, n. 1/2015"*, in *Il Foro Amministrativo*, marzo 2015.

[58] Cons. St., Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 8; in tema di gare ad evidenza pubblica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lg. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70/2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di "violazione grave?" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

La previsione introdotta dal decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007, secondo cui la mancanza del d.u.r.c. comporta una presunzione legale "iuris et de iure" di gravità delle violazioni previdenziali, si limita a recepire e consolidare un orientamento interpretativo già formatosi in precedenza, con la conseguenza che tale previsione può avere una applicazione retroattiva.

Posto che sono cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ex art. 35 codice appalti, il possesso dei requisiti generali e morali ai sensi dell'art. 38 codice appalti deve essere verificato in capo sia al consorzio sia alle cooperative consorziate, con la conseguenza che è inammissibile la situazione successiva della consorziata, in caso di esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti generali, poiché significherebbe eludere le finalità sottese alle menzionate prescrizioni di gara e, di fatto, rendere vano il controllo preventivo ex art. 38, d.lg. 163 del 2006 in capo alla ditta originariamente indicata nella domanda di partecipazione. La legittimità di un provvedimento va valutata al momento della sua adozione, essendo irrilevanti i fatti successivi; sicché la revoca dell'intera gara in autotutela, peraltro consequenziale alla circostanza delle numerose esclusioni e dei numerosi contenziosi pendenti, è del tutto irrilevante e non fa venir meno né la imputabilità al concorrente della causa di esclusione, e dunque l'incameramento della cauzione, né le ragioni legislative sottese all'istituto della cauzione.

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma, quand'anche ricondotta retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento.

[59] Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 874

[60] Cons. St., Sez. V, 26 giugno 2012, n. 3678

[61] T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 6 novembre 2013, n. 1497

[62] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 20 dicembre 2014, n. 3144

[63] Cons. St., Sez. IV, 11 marzo 2015, ordinanza n. 1236

[64] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 6 marzo 2014, n. 1353; pur dovendosi ammettere in via generale, ai sensi dell'art. 76, d.lg. n. 163 del 2006, ove la gara venga espletata, secondo il criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la possibilità per le imprese di proporre aggiustamenti e variazioni migliorative indispensabili sotto l'aspetto tecnico, tuttavia, tale facoltà incontra il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali (cd. requisiti minimi) della prestazione oggetto del contratto, come stabiliti dalla *lex specialis*. La ratio della limitazione appena delineata riposa sulla duplice esigenze di non ledere la *par condicio* tra i concorrenti e, nel contempo, di garantire il concreto soddisfacimento delle finalità pubblicistiche sottese al progetto posto a base della gara. In tale prospettiva, sono reputate ammissibili varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera (o del servizio), purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante, e sempre che le variazioni proposte garantiscano l'efficienza del progetto e la realizzazione delle esigenze della p.a.

[65] Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601

[66] In senso più ampio sul tema si veda T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 2 dicembre 2015, n. 5566; nelle gare pubbliche, caratterizzate dal criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le variazioni migliorative si differenziano dalle varianti, perché possono liberamente esplicarsi su tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla scorta di un progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali essenziali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista strutturale, qualitativo - tipologico e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria un'apposita manifestazione di volontà della stazione appaltante mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi, che segnano i limiti oltre i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce altra cosa rispetto a quella prefigurata dall'Amministrazione. La possibilità per le imprese di proporre variazioni migliorative, indispensabili o semplicemente utili sotto l'aspetto tecnico, incontra quindi il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto, in maniera da non modificare i profili strutturali, qualitativi o funzionali dell'opera, come definiti nel progetto posto a base di gara. In altre parole, nelle gare pubbliche governate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono sempre ammissibili variazioni migliorative non essenziali del progetto posto a base di gara, ossia tutte quelle variazioni migliorative che

non si traducano in uno stravolgimento dell'oggetto del contratto, attraverso una sua diversa ideazione che si ponga come del tutto alternativa rispetto al disegno progettuale originario.

[67] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 25 novembre 2015, n. 2997

[68] C.E. Gallo, *“Manuale di giustizia amministrativa”*, Torino, 2014, Giappichelli

[69] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 maggio 2014, n. 4603

[70] T.A.R. Molise, Sez. I, 4 maggio 2015, n. 174.

[71] Cons. St., Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2910.

[72] R. De Nictolis, *op. cit.*

[73] S. Usai, *“Dalla delega appalti possibile addio al soccorso istruttorio a pagamento”*, su *Quotidiano Enti Locali e PA*, 2015, *Il Sole24 ore*

[74] Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359; non è consentita l'immediata e diretta applicazione, nell'ordinamento interno, della disciplina prevista dalla Direttiva 2014/24/Ue: invero, sebbene si tratti di una disciplina sufficientemente dettagliata ed esauriente, risultano necessarie la previsione di disposizioni (nazionali) di coordinamento con la normativa vigente e, soprattutto, l'adozione di un regime intertemporale che chiarisca i tempi di operatività della nuova disciplina, rispetto (ad esempio) alle gare già bandite al momento del recepimento della direttiva. Prima della formalizzazione di tali scelte, necessariamente consacrate nell'atto legislativo nazionale di recepimento, l'enunciazione nella direttiva di un nuovo istituto resta del tutto sprovvista di qualsivoglia efficacia, non solo diretta, ma anche nella ridotta valenza come paradigma ermeneutico.

[75] Cons. St., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 193; nelle gare pubbliche l'accertata carenza di requisiti tecnici dell'offerta, ritenuti essenziali dalla stazione appaltante, può legittimamente determinare l'esclusione dalla gara dell'impresa che ha presentato l'offerta priva degli stessi.

[76] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 27 marzo 2015, n. 1837.

[77] M. Libertini, *“La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio”*, in *Mercato concorrenza regole*, 3/2014.