

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

**GLI ALTRI REQUISITI DI
PARTECIPAZIONE ALLA GARA - IL
SOCCORSO ISTRUTTORIO**

Verifica del possesso dei requisiti

Il Capo III del Titolo IV del Libro II disciplina **Gli altri requisiti di partecipazione alla gara.**

In tale Capo è contenuta la disciplina del soccorso istruttorio dopo quella della verifica del possesso dei requisiti e dopo quella dei requisiti di ordine speciale.

Infatti, l'art. 99, rispetto alla verifica del possesso dei requisiti, prevede che la stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

Inoltre, essa verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95, e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103.

Verifica del possesso dei requisiti

Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

Requisiti di ordine speciale

I requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100 sono:

- a) l'idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

Le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.

Requisiti di ordine speciale

Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto (comma 3).

All'operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, (D.P.R. 445/2000) di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato II.11 (relativo ai Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri Stati membri).

Requisiti di ordine speciale

Il comma 4 prevede, poi, che per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati.

L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.

Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12 (relativo al **Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura**).

Requisiti di ordine speciale

Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto. In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Requisiti di ordine speciale

Per ottenere o rinnovare l'attestazione di qualificazione gli operatori economici devono:

a) essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività, prevista dall'oggetto sociale e compresa nella categoria per la quale è richiesta l'attestazione;

b) non essere incorsi nelle cause di esclusione di cui al Capo II del presente Titolo nel triennio precedente alla data della domanda di rilascio o di rinnovo dell'attestazione di qualificazione;

c) essere in possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati.

Requisiti di ordine speciale

L'organismo di attestazione rilascia l'attestazione di qualificazione per la categoria di opere generali o specializzate per l'esecuzione delle quali l'operatore economico risulti essere in possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata dotazione di attrezzature tecniche e risorse umane, e dispone la classificazione per importi in ragione della documentata pregressa esperienza professionale (comma 6).

È previsto, inoltre, che, fino alla emanazione del regolamento, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai **quindici anni** antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la società organismo di attestazione (SOA) e la qualificazione ha durata di **cinque anni**, con verifica entro il **terzo anno** del mantenimento dei requisiti.

Requisiti di ordine speciale

Con il regolamento che sostituirà l'allegato II.12, si prevede che saranno disciplinati:

a) la procedura per ottenere l'attestazione di qualificazione e per il suo rinnovo, prevedendo che l'operatore economico richieda la conferma dell'attestazione nel caso in cui, nel periodo di validità dell'attestazione, intervenga una modifica soggettiva;

b) i requisiti per la dimostrazione dell'adeguata capacità economica e finanziaria e per la dimostrazione del possesso di adeguate attrezzature tecniche e di adeguato organico;

c) le modalità di qualificazione degli operatori economici di cui all'articolo 67, comma 1, sulla base del criterio del cumulo nonché i criteri di imputazione di cui all'articolo 67, comma 6;

Requisiti di ordine speciale

- d) le modalità di documentazione delle pregresse esperienze professionali, considerando anche i lavori eseguiti a favore di soggetti privati che siano comprovati da idonea documentazione;
- e) le modalità di verifica a campione compiute dagli organismi di attestazione;
- f) il periodo di durata dell'attestazione di qualificazione e i periodi intermedi di verifica del mantenimento dei requisiti;
- g) i casi di sospensione e di decadenza dall'attestazione di qualificazione già rilasciata, prevedendo sanzioni interdittive nel caso di presentazione di falsa documentazione agli organismi di attestazione.

Requisiti di ordine speciale

Il suddetto regolamento, relativamente agli organismi di attestazione, disciplinerà, ai sensi del comma 9:

a) i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici per il conseguimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di qualificazione degli operatori economici nonché la procedura per ottenere l'autorizzazione;

b) le sanzioni pecuniarie e interdittive, fino alla decadenza dell'autorizzazione, per le violazioni commesse dagli organismi di attestazione, anche alle richieste di informazioni e di atti loro rivolte dall'ANAC nell'esercizio dell'attività di vigilanza, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del contraddittorio;

Requisiti di ordine speciale

- c) le modalità dell'esercizio dell'attività di vigilanza da parte dell'ANAC;
- d) gli obblighi di conservazione e di pubblicazione della documentazione in capo agli organismi di attestazione;
- e) gli obblighi di comunicazione all'ANAC in capo agli organismi di attestazione.

Saranno, inoltre, disciplinate, come previsto dal comma 10, la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture e le tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio.

Requisiti di ordine speciale

Fino a quando tale regolamento non sarà entrato in vigore, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura.

In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto.

Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

Requisiti di ordine speciale

Ai sensi dei commi 12 e 13, infine, salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti dal presente articolo e gli organismi di cui al comma 4 segnalano immediatamente all'ANAC i casi in cui gli operatori economici, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri.

Soccorso istruttorio

Il soccorso istruttorio è un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando così di essere esclusi dalla stessa.

Rappresenta una delle espressioni peculiari della dialettica partecipativa tra privato e Pubblica Amministrazione e, ancor prima di rivestire un ruolo centrale nelle pubbliche gare di appalto, è un istituto generale del procedimento amministrativo.

Soccorso istruttorio

Esso affonda, pertanto, le sue radici nell'articolo 6 della legge 241/1990, applicabile a qualsiasi procedimento amministrativo e avente lo scopo di colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o emendare errori che dovessero emergere in fase istruttoria. Tale norma, infatti, prevede che, nell'ambito delle istruttorie procedimentali, il responsabile del procedimento *“può chiedere il rilascio di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”*.

Soccorso istruttorio

La giurisprudenza del Consiglio di Stato considera l'istituto in questione come un *dovere* e non come una *mera facoltà* (cfr. *ex plurimis*: Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248). Esso, infatti, è volto a garantire la massima collaborazione possibile tra privato ed amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che *l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici*.

Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza (Cons. St. n. 1308/2022).

Soccorso istruttorio

Il Supremo Consesso evidenzia che, mentre nei procedimenti non comparativi il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata applicativa, *nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi* – segnatamente: la massima partecipazione e la *par condicio* tra i concorrenti – che la giurisprudenza ha, in passato, ritenuto di effettuare, distinguendo tra ‘regolarizzazione’, generalmente ammessa, ed ‘integrazione’ documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un *vulnus* del principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, *ampliando l’ambito applicativo dell’istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di ‘caccia all’errore’ nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure* (Cons. St. n. 1308/2022 cit.)

Soccorso istruttorio

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante.

Nella disciplina dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017 non era previsto neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Essa è il frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art. 56, paragrafo 3, della Direttiva 24/2014/UE (Direttiva Appalti), la quale discende, a sua volta, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE).

A tal proposito, più in generale, può dirsi che le nuove Direttive comunitarie, in materia di appalti pubblici e concessioni, rappresentano in gran parte il frutto della funzione nomopoietica della stessa CGUE (funzione di formazione delle norme), quale organo che interpreta in modo concreto ed autentico le norme.

Soccorso istruttorio

Nel nuovo Codice il soccorso istruttorio è disciplinato nell'art. 101 che riprende la disciplina previgente in aderenza con le indicazioni della direttiva con alcune novità dirette a semplificare e chiarire profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative: oltre alla logica semplificatoria, la disposizione tende ad evitare nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della *par condicio*, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara.

Chiave interpretativa della norma è pertanto la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo il principio di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della *par condicio*.

Soccorso istruttorio

La stazione appaltante ha l'obbligo di attivare il soccorso istruttorio per integrare la documentazione trasmessa, ma pure per sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità: se l'operatore economico non adempie alle sue richieste viene escluso dalla gara, ma tale sanzione non dipende dal fatto che questi sia stato inadempiente, quanto, piuttosto, dal fatto che non è stata superata l'inidoneità dell'offerta presentata.

Soccorso istruttorio

La richiesta di integrazione, infatti, non costituisce una facoltà che il responsabile del procedimento esercita discrezionalmente, in quanto non è prevista una scelta sul se intervenire o meno in forma collaborativa; si tratta, invece, di “prendere in carico” l’interesse dell’operatore economico in attuazione del principio di buona fede.

Quest’ultimo, dal canto suo, non è sollevato dai suoi oneri istruttori e, di fronte alla segnalazione di carenze che possano portare al rigetto dell’istanza, deve attivarsi per documentare fatti che aveva omesso di documentare o che aveva mal documentato.

Soccorso istruttorio

Infatti, il soccorso istruttorio è espressione del 'giusto procedimento' e sottende una puntuale direttrice di valore: *le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare* (cfr. Cons. St. cit. n. 1308/2022).

La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali *rationes*: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall'altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l'Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato).

Soccorso istruttorio

Nel comma 1 si riconosce l'obbligo della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, sia per integrare la documentazione trasmessa, sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità; è stata eliminata la distinzione – foriera di dubbi – tra irregolarità essenziali e non essenziali.

In adesione alle indicazioni della Corte di Giustizia si specifica che il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta.

Quale unico limite al soccorso istruttorio è stato indicato l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta.

Soccorso istruttorio

La norma, infatti, prevede che, salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

Soccorso istruttorio

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

Il comma 2 prevede che l'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.

Soccorso istruttorio

La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a **cinque giorni** e superiore a **dieci giorni**. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

Soccorso istruttorio

Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato (comma 4).

Soccorso istruttorio

Tale ultimo comma costituisce una rilevante novità, in quanto, per la prima volta, si prevede la possibilità per l'operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire – questa è l'altro elemento di novità – anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta.

Soccorso istruttorio

Tendenzialmente la possibilità dell'operatore economico di emendare l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b).

Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta.

Soccorso istruttorio

Lo scopo della gara è, dunque, quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento.

Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici.

Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva.

Soccorso istruttorio

Caso pratico n. 1)

Un caso pratico può aiutare a comprendere meglio l'evoluzione del soccorso istruttorio nella sua interpretazione e conseguente applicazione.

In presenza di documentazione contenente una dichiarazione in lingua originale non accompagnata dalla traduzione giurata in lingua italiana, in passato, l'amministrazione aggiudicatrice procedeva direttamente all'esclusione dalla gara del concorrente che aveva ommesso la traduzione giurata in lingua italiana di un documento attestante i requisiti di partecipazione, nel pieno rispetto del principio sancito espressamente dalla stessa Corte Costituzionale con sentenza n. 28 del 1982, in cui si legge testualmente che *“la lingua italiana è la lingua ufficiale dello Stato, da usare obbligatoriamente, salve le espresse deroghe disposte a tutela di gruppi linguistici minoritari”*.

Soccorso istruttorio

Caso pratico - segue

Infatti, conformemente all'interpretazione del tempo circa l'ambito di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, la presentazione di atti non accompagnati dalla traduzione ufficiale equivaleva alla non produzione degli stessi e come tale comportava l'immediata esclusione.

Oggi, invece, il soccorso istruttorio è uno strumento di generale applicazione di fronte ad ogni forma di irregolarità di elementi essenziali della documentazione di gara, tranne le eccezioni esplicitamente previste. Dunque, è ragionevole pensare che l'amministrazione aggiudicatrice, in presenza di documentazione in lingua straniera, proceda con l'invito al concorrente di regolarizzare la stessa in quanto elemento essenziale ed indispensabile per la stazione appaltante.

Soccorso istruttorio

Caso pratico n. 2)

Altro **caso pratico** è rappresentato dal mancato pagamento del contributo ANAC.

La mancanza dell'attestato di avvenuto pagamento determina l'esclusione, trattandosi di irregolarità insanabile.

Se, invece, ci si trova di fronte alla mancata allegazione dell'attestato di versamento comunque effettuato, si procederà alla regolarizzazione attraverso la dimostrazione che il pagamento è avvenuto nei termini previsti dal bando per la presentazione della domanda stessa.

Soccorso istruttorio

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 09.01.2024 n. 295

La giurisprudenza del Consiglio (Cons. Stato, Sez. VII, 02/05/2022, n. 3418 e Cons. Stato, Sez. VI, 01/07/2021, n. 5008 cit.) ammette il soccorso istruttorio finanche sulla domanda di partecipazione a fronte di anomalia del sistema telematico e, con richiamo alla giurisprudenza eurounitaria, ritiene ammissibile il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica a fronte di imprecisioni degli atti di gara (Cons. Stato, sez. V, 27703/2020 n. 2146 secondo cui "Sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta si è pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus) enunciando le seguenti regole:

a) consentire all'amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onori, chiarimenti, violerebbe il principio della par condicio (poiché sembrerebbe che, ove il privato rispondesse positivamente, l'amministrazione abbia con questi negoziato l'offerta in via riservata);

Soccorso istruttorio

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 09.01.2024 n. 295 - **segue**

b) non è in contrasto con il principio della par condicio tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti;

c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

Soccorso istruttorio

Il Consiglio di Stato (Sez. III, sent. n. 348 del 14 gennaio 2019) afferma che l'istituto del soccorso istruttorio possa operare, qualora non sia stato già attivato dalla stazione appaltante in sede di gara, anche nel processo amministrativo, a garanzia del principio di effettività della tutela.

Esso rappresenta, infatti, uno strumento di rimedio che la stazione appaltante deve attivare al fine di consentire all'operatore economico di integrare la domanda carente di un requisito formale, consentendogli di dimostrare, dunque, il possesso dei requisiti sostanziali per partecipare alla gara.

Soccorso istruttorio

Qualora non sia stata attivata la suddetta doverosa procedura, è il giudice a dover fare la verifica (mancata nel corso della procedura di gara) volta a verificare se il vizio in questione sia esclusivamente formale oppure, al contrario, abbia carattere sostanziale.

La circostanza che ad effettuare la verifica sia il giudice e non la Pubblica Amministrazione implica che la stessa potrà essere attuata solo ove si tratti di operare un mero accertamento di sussistenza o meno del requisito mancante (ossia nel caso di attività vincolata).

Diversamente, se la verifica dovesse comportare anche valutazioni di carattere discrezionale, il giudice dovrà annullare l'aggiudicazione e disporre la riedizione della gara (non potendosi sostituire alla stazione appaltante).

Soccorso istruttorio

Per quanto concerne le **modalità processuali**, l'impresa che intenda contestare l'esclusione dalla procedura di gara per mancato ricorso al soccorso istruttorio ed invocare validamente il ricorso ad esso in sede processuale deve provare in giudizio che l'istituto, qualora fosse stato attivato dalla stazione appaltante nel corso della gara, avrebbe avuto esito ad essa favorevole essendo in possesso del requisito in contestazione.

Ciò significa che è **a carico del concorrente** nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione il dovere provare che possiede il requisito sostanziale di partecipazione fin dal momento in cui avrebbe dovuto rendere la documentazione di fatto mancante e che, dunque, si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'articolo 2697 cod. civ. e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova.

Soccorso istruttorio

Insomma, se, da un lato, tale istituto è espressione di alcuni fondamentali principi del nostro ordinamento, quali quelli di *favor participationis*, buon andamento, giusto procedimento e leale collaborazione tra Pubblica Amministrazione e privati, dall'altro esso deve necessariamente confrontarsi con il principio speculare della "*par condicio*".

In tal senso non può, infatti, non sottolinearsi la sua emblematicità per quanto attiene al dialogo tra il diritto vivente interno e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E., stante la possibilità di una sua incompatibilità applicativa con il diritto eurounitario.

Soccorso istruttorio

Come rilevato dal Consiglio di Stato “[...] l’ampia giurisprudenza di questo Consiglio [...] ha delineato la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio, la quale, attuando nell’ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l’impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento. La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all’amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l’offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell’aggiudicatario. In questo senso, dunque, l’istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell’interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l’opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili” (cfr. Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

Soccorso istruttorio processuale

Il soccorso istruttorio è applicabile ed è positivamente disciplinato nel procedimento amministrativo; ma lo è anche nell'ambito processuale, come ormai pacificamente ammesso dalla giurisprudenza.

In tal senso deve osservarsi come la ricorribilità ad esso in sede di giudizio sia assoggettata ai medesimi presupposti e requisiti di legge che l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 prima e l'art. 101 del D.Lgs. 36/2023 ora, subordinano al suo esercizio da parte dell'amministrazione in sede procedimentale.

Soccorso istruttorio processuale

In dottrina si è affermato che l'essenza del soccorso istruttorio processuale risiede nell'aiuto che il giudice presta a favore del ricorrente *“integrando le prove che questi non è in grado di fornire perché, istituzionalmente e quindi incolpevolmente, lontano dalle prove che devono supportare la sua domanda”*, il tutto non al fine della *“realizzazione del diritto o interesse azionato”*, ma avendo di mira un traguardo di equità e di riequilibrio e, quindi, di giustizia”.

Soccorso istruttorio processuale

La giurisprudenza amministrativa, invece, ha sviluppato un'interpretazione del soccorso istruttorio processuale quale strumento dotato di una specifica funzione difensiva.

Nello specifico, questo risulta invocabile dall'impresa aggiudicataria nel caso in cui la mancanza, incompletezza o altra irregolarità di uno degli elementi essenziali del documento di gara - ad eccezione di quelli relativi all'offerta tecnica o economica e nei limiti di cui all'art. 83, comma 9 - venga dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di un'impresa partecipante alla gara.

Soccorso istruttorio processuale

Sotto il profilo processuale è stato, quindi, affermato che la precipua finalità che si intende perseguire mediante la deduzione del soccorso istruttorio da parte dell'aggiudicatario è quella di *“paralizzare la doglianza diretta ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'operatore economico risultato aggiudicatario”*.

Il soccorso appare, in tale logica, uno **strumento di garanzia** a favore dell'operatore economico aggiudicatario.

Soccorso istruttorio processuale

In merito al giudizio promosso dalla concorrente che contesti l'illegittima ammissione dell'aggiudicataria, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *“si potrebbe ritenere che il giudice, accertata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, per carenza della richiesta documentazione allegata all'offerta, e annullati i provvedimenti della stazione appaltante, dovrebbe far salvo il potere di attivare il procedimento di soccorso istruttorio. All'esito del procedimento, alla luce della documentazione eventualmente prodotta dall'interessata, la stazione appaltante assumerà le determinazioni definitive, concernenti l'esclusione o l'ammissione della concorrente”*.

Soccorso istruttorio processuale

Tale ricostruzione, però, come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato, sebbene astrattamente coerente con lo sviluppo procedimentale della gara, non appare compatibile con il principio di concentrazione delle tutele e con la naturale proiezione del processo verso la rapida definizione del contenuto sostanziale del rapporto controverso.

Soccorso istruttorio e art. 21 *octies*, comma 2, L. 214/90

Il tema del soccorso istruttorio cosiddetto “processuale” ha consentito al G.A. di raffrontare il soccorso istruttorio con la fattispecie del provvedimento non annullabile *ex art. 21- octies*, comma 2, della l. n. 241/1990.

Il Consiglio di Stato rileva che, nonostante la comune *ratio* rappresentata dalla scelta in chiave sostanzialistica operata dal legislatore, i due istituti hanno una diversa portata applicativa delle due richiamate figure.

L’art. 21-octies “non richiede alcun procedimento di regolarizzazione poiché è la giusta regolazione autoritativa del rapporto a rilevare ai fini della legittimità”.

Soccorso istruttorio e art. 21 octies, comma 2, L. 241/90

Il soccorso istruttorio, invece, per le irregolarità essenziali prevede un obbligatorio procedimento di sanatoria, *“ossia di produzione, integrazione, correzione, con effetto sanante”*.

Ciò si spiega per la circostanza che le procedure concorsuali, seppure chiaramente finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione che devono essere rispettate nei limiti in cui ragionevolmente assolvano alla funzione di dirigere la competizione verso il risultato finale, e non si risolvano, piuttosto, in mere prescrizioni formali prive di aggancio funzionale o in meri ostacoli burocratici da superare.