

Il soccorso istruttorio e i risvolti giurisprudenziali

Autore: Raffaele Cerrato

In: Schede di Diritto

Il soccorso istruttorio “sostanziale”

Il soccorso istruttorio è un istituto generale del procedimento amministrativo previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tale disposizione prevede che il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni, la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete.

Com'è noto, alla fattispecie generale disciplinata nella legge sul procedimento amministrativo si è successivamente aggiunta quella “speciale” di cui all'art. 46, comma 1, del previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), confluita nell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016. Tale norma, come modificata dal d.lgs. n. 56 del 2017, prevede che **“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate** attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, **in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85**, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

Attraverso il soccorso istruttorio il legislatore ha inteso privilegiare **l'aspetto sostanziale** dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese. Nello specifico, tale strumento normativo permette la sanatoria degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché l'operatore economico da un lato sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine fissato da quest'ultima, comunque non superiore ai dieci giorni. Dall'ambito di applicazione della sanatoria risultano invece escluse le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa e le irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica.

Suddetto istituto, se da un lato 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 deve necessariamente confrontarsi con il principio speculare della **"par condicio"**. In tal senso, non può infatti non sottolinearsi come il presente istituto sia emblematico 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 **(1)**. Come rilevato dal Consiglio di Stato "[...]l'ampia giurisprudenza di questo Consiglio, la quale 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".**(2)**

Volume consigliato

Il soccorso istruttorio processuale

Il soccorso istruttorio appare istituto applicabile tanto **nel procedimento amministrativo** -dove risulta positivamente disciplinato- quanto nell'ambito processuale, come ormai pacificamente ammesso dalla giurisprudenza. In tal senso deve osservarsi come la ricorribilità in sede di giudizio a quest'ultimo istituto sia assoggettata ai medesimi presupposti e requisiti di legge che l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, subordina al suo esercizio da parte dell'amministrazione in sede procedimentale. **(3)**

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".**(4)**

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 del d.lgs. n. 50 del 2016- venga dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di un'impresa partecipante alla gara. 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'aggiudicataria è quella di **“paralizzare la doglianza diretta ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'operatore economico risultato aggiudicatario”**(5). Il soccorso appare in tale logica uno strumento di garanzia a favore dell'operatore economico aggiudicatario.(6)

La disciplina del Soccorso Istruttorio

La prima questione da affrontare riguarda il problema relativo a quale modo la disciplina del soccorso istruttorio possa in concreto rilevare nel giudizio promosso dalla concorrente che contesti l'illegittima ammissione dell'aggiudicataria. Il primo profilo da valutare attiene alla delimitazione della portata della eventuale pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e, soprattutto, dei conseguenti effetti conformativi. In tale prospettiva 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”**(7). 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. Da ciò discende che la questione riguardante l'emendabilità della riscontrata carenza documentale **e la sostanziale titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara debba essere sempre dedotta nell'ambito del giudizio proposto contro l'ammissione dell'aggiudicataria e non possa essere rinviata alla rinnovazione, totale o parziale, del procedimento selettivo.**

Aspetti Processuali dell'aggiudicatario

Occorre ora soffermarsi sugli **aspetti più strettamente processuali** relativi all' an e al quomodo dell'attivazione del soccorso da parte dell'aggiudicatario. Affinché possa ritenersi dal giudice attivabile l'invocato soccorso istruttorio, il concorrente nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, deve provare, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 2697 c.c. e, in particolare, **al principio di prossimità o vicinanza della prova**, che il requisito sussista e che si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa. **(8)**

Pertanto, per poter validamente invocare in sede processuale il **principio del soccorso istruttorio, l'aggiudicatario “deve dimostrare**, con onere probatorio a suo carico ex art. 2697 c.c., **la natura meramente formale dell'omessa dichiarazione, provando in giudizio di disporre del requisito sostanziale di partecipazione fin dal momento in cui avrebbe dovuto rendere la dichiarazione di fatto mancante**: l'impresa concorrente deve, cioè, dimostrare in giudizio che, ove il soccorso istruttorio fosse stato correttamente attivato da parte della stazione appaltante nel corso della procedura di gara, l'esito le sarebbe stato favorevole, disponendo essa del requisito in contestazione, non potendo pretendere di addurre soltanto in via ipotetica la violazione del principio del soccorso istruttorio” **(9)**.

Pertanto, l'emendabilità di una riscontrata carenza documentale non può essere rilevata ex officio dal giudice, ma richiede, appunto, **l'iniziativa della parte aggiudicataria** che è interessata ad affermare la legittimità sul piano sostanziale della propria ammissione alla gara; **l'operatore economico risultato aggiudicatario non può pretendere di paralizzare l'azione di annullamento soltanto adducendo la violazione del principio del soccorso, ma è tenuto a dimostrare l'equivalenza**, e cioè che, anche se il soccorso vi fosse stato, l'esito della gara non sarebbe stato diverso; in tal senso, appare sufficiente una “deduzione difensiva” attraverso la quale superare la **cd. prova di resistenza**, dimostrando la effettiva sussistenza ed il materiale possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione al momento in cui si è verificata l'irregolarità.

L'art. 21-octies della L. n. 241/1990.

Il tema del soccorso istruttorio cosiddetto “**processuale**” ha rappresentato altresì per il giudice amministrativo l'occasione per operare un raffronto tra il soccorso istruttorio e la fattispecie del provvedimento non annullabile **ex art. 21- octies, comma 2, della l. n. 241/1990**. Il Consiglio di Stato rileva che, sebbene la comune ratio rappresentata dalla scelta in chiave sostanzialistica operata dal

legislatore, i due istituti abbiano 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".

Il soccorso istruttorio, invece, per **le irregolarità essenziali** prevede, invece, 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.

Volume consigliato

Note

1) Appaiono indicative le pronunce della Corte giust. comm. ue, sez. VI, 10 novembre 2016, nn. C-140/16, C-697/15, C-162/16, in tema di omessa separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale. Recentissimamente l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, ad. Plen., ord. 24 gennaio 2019, n. 3), chiamata a nuovamente a dirimere il contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione alla mancata indicazione separata, nell'offerta, dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza, ha sottoposto alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale di compatibilità con il diritto eurounitario dell'esclusione dalla gara senza che il concorrente possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. "soccorso istruttorio" pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili, e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione

2) Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975, consultabile su www.dejure.it;

3) In tal senso T.A.R. Lazio, Sez. I- bis, 11 marzo 2019, n. 3171, consultabile su www.dejure.it;

4) N. SAITTA, Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo, in www.igitalia.it, 5/2013, 391 ss.

5) Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, cit.

6) In tal senso E. F REDIANI, Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del

risultato economico, in Dir. Amm., 2018, fasc. 3, 623 ss.

7) Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, cit.

8) Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 348, consultabile su www.dejure.it

9) Ibidem .

<https://www.diritto.it/il-soccorso-istruttorio-e-i-risvolti-giurisprudenziali/>