

Il soccorso istruttorio (ex art. 38 comma 3 bis e 46 comma 1 Ter del Codice Appalti) in caso di carenza dell'atto di impegno a conferire mandato collettivo speciale al capogruppo da parte dei componenti di un RTI costituendo (Sent. TAR Piemonte 14.08.15).

Autore: Guida Francesco

In: Giurisprudenza commentata

Il Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito, con modificazioni in Legge 11 agosto 2014, n. 114 ha disciplinato l'istituto del cd. soccorso istruttorio nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione di lavori, servizi e forniture, nell'intento di garantire il rispetto dei principi comunitari di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara e con lo scopo di evitare che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza, pertanto, non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico.

La novella ha inserito nell'art. 38 del Codice Appalti (D. Lgs. n. 163/06), il nuovo comma 2-bis, che, tra l'altro, prevede che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara".

Parimenti la novella ha inserito nell'art. 46 del Codice, il comma 1 ter per il quale "le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

In via di principio, dunque, l'esclusione dalla gara non è più legittimata da carenze originarie, bensì dalla mancata regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine tassativo assegnato dalla Stazione appaltante (Ad.Pl. Cons. St. n. 16 del 30 luglio 2014).

Il dettato legislativo, per la sua formulazione, necessariamente generica, necessita di tipizzazione con riguardo alle ipotesi nelle quali può farsi ricorso, in attuazione dei su citati principi, al soccorso istruttorio.

All'esigenza di integrazione del dato normativo risponde la recente Determina dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, n. 1, dell'8 gennaio 2015 sui "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163", la quale - sulla base del **principio per il quale la nuova disciplina del soccorso istruttorio non può comunque essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara**, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda - individua una serie di fattispecie concrete costituenti il presupposto legittimo per l'applicazione dell'istituto.

Allo stesso modo una eterointegrazione della norma è attesa dalla giurisprudenza di merito chiamata a vagliare le fattispecie di mancanza, incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale che consentono il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante.

In tale solco si pone una recente pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte del 14.08.15.

All'attenzione del G.A. è stata posta la fattispecie della mancata produzione dei seguenti documenti da parte di un RTI costituendo, aggiudicatario di una procedura aperta per l'affidamento di lavori con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

1. atto di impegno a conferire mandato collettivo speciale al capogruppo da parte di componenti del RTI costituendo,
2. dichiarazione delle parti di prestazioni che ciascun associato allo stesso RTI avrebbe eseguito.

Circa la carenza di cui al precedente punto 2, il G. A. premette che, in virtù delle recenti modifiche intervenute, l'obbligo dichiarativo delle quote di partecipazione al RTI non sussiste più per i servizi e le forniture e permane esclusivamente per i lavori.

Quindi osserva che, anche nell'ambito di procedure per lavori, per i raggruppamenti temporanei l'omessa indicazione delle quote di partecipazione ed esecuzione risulta ormai sanabile, dietro pagamento della prevista sanzione, facendo ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, richiamando, a tal fine, la citata Determina dell' ANAC 8 gennaio 2015 n. 1, che aveva già vagliato, in termini analoghi, la medesima fattispecie.

Relativamente alla carenza documentale sub 1 (atto di impegno a conferire mandato collettivo speciale al capogruppo), il G. A., pur in mancanza di analoga previsione da parte della su citata Determina, statuisce la legittimità del soccorso, sulla base del presupposto che, anche in tal caso, si è in presenza di una dichiarazione "essenziale", prescritta da una specifica norma di legge, la quale, quindi, rientra nel novero delle incompletezze documentali suscettibili di sanatoria con le modalità stabilite dall'art. 46, comma 1 ter del Codice.

<https://www.diritto.it/il-soccorso-istruttorio-ex-art-38-comma-3-bis-e-46-comma-1-ter-del-codice-appalti-in-caso-di-carenza-dell-atto-di-impegno-a-conferire-mandato-collettivo-speciale-al-capogruppo-da-parte-dei>

componen/