

Decreto correttivo al codice degli appalti

Autore: Panzone Francesco

In: Approfondimenti

A poco più di due mesi dal primo compleanno del tanto dibattuto D.Lgs. 50/2016, in forza della delega di cui alla L.11/2016, il Governo presenta un **decreto correttivo al nuovo codice degli appalti**, composto da ben 84 articoli. Si tratta solamente di una prima bozza, che, come indicato dalla **relazione illustrativa allegata al decreto**, dovrà passare al vaglio preliminare del Consiglio dei Ministri, al quale seguirà una successiva fase di consultazione che vedrà coinvolti la Conferenza Stato-Regioni, il Consiglio di Stato e le competenti commissioni parlamentari, per poi giungere all'approvazione finale da parte del Governo. Il tutto da concludersi entro il prossimo 19 aprile, data di scadenza della delega.

Non soffermando la nostra attenzione su considerazioni di carattere generale, dal momento che le **245 modifiche contenute nel decreto** costituiscono già una sufficiente cartina tornasole riguardo alla qualità del D.Lgs. 50/2016, esaminiamo in questa sede come verrebbe modificata la disciplina del soccorso istruttorio.

Qualsiasi elemento sanabile?

L'istituto di cui all'articolo 83, comma 9, del codice, distingue tra due tipologie di irregolarità essenziali, sanabili e non sanabili: seppur con espressioni che destano una certa perplessità, in quanto **appare contraddittorio definire sanabile un'irregolarità essenziale**, il legislatore ha fornito un'importante indicazione: esistono irregolarità non sanabili, identificate nelle «carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa». Come a dire: non tutti gli elementi dell'offerta potranno essere oggetto di soccorso istruttorio.

Sulla base delle indicazioni fornite dalla sopra citata disposizione, la giurisprudenza sta individuando in concreto quali sono gli elementi che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione, e che quindi non potranno ritenersi inclusi nella procedura in discorso.

L'articolo 33, comma 1, lettera c) del decreto correttivo, invece, sancisce che «in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, 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».

Dalla lettura della norma di cui sopra, emerge con chiarezza **la mancanza di qualsiasi riferimento ad irregolarità che possano considerarsi non ricomprese nella sfera di applicazione del soccorso istruttorio.**

Da qui la domanda: qualunque elemento potrà essere oggetto di soccorso istruttorio?

Naturalmente, non sono considerati nella presente disamina gli elementi afferenti all'offerta tecnica ed economica, per i quali c'è concordanza tra l'attuale configurazione dell'istituto e quella prevista dal decreto correttivo nel ritenerli esclusi dalla procedura di soccorso.

Scomparsa della sanzione

Novità assoluta del decreto correttivo è l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento. Per attivare la procedura in esame, infatti, ad oggi è previsto il pagamento di una 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 5.000 euro. L'articolo 33 del decreto correttivo, invece, non dispone alcuna sanzione pecuniaria nell'ipotesi di attivazione del soccorso istruttorio. Come emerge con chiarezza dalla lettura della relazione illustrativa, «l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento discende da quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dai quali si evince che tale previsione, presente solo nell'ordinamento italiano, sembrerebbe contraria ai principi di concorrenza previsti dal Trattato».

Riflessioni conclusive

Come spesso accade in Italia, si passa da un estremo all'altro: negli anni, si sono sovente verificate situazioni lesive del **principio della massima partecipazione alle gare pubbliche**, con ditte che si vedevano escluse dalle procedure di gara al benchè minimo errore nella compilazione della documentazione amministrativa.

L'istituto ipotizzato dall'articolo 33 del decreto correttivo, al contrario, ammetterebbe l'attivazione del soccorso istruttorio per qualunque tipo di mancanza, incompletezza ed irregolarità.

Se da un lato è giusto perseguire il citato principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, dall'altro appare profondamente iniquo ammettere il soccorso in qualsiasi situazione: in questa maniera viene disincentivata la presentazione di documenti che siano il più corretti possibile rispetto alle

prescrizioni contenute dal disciplinare di gara, con buona pace delle imprese che cercano di agire nella piena osservanza delle regole.

Come detto, non appare equo escludere una ditta da una procedura di gara per il minimo errore, così come non lo è ipotizzare una situazione diametralmente opposta, con l'inclusione "ad ogni costo" della ditta stessa. Gli attori coinvolti nella consultazione del testo correttivo dovrebbero delineare un istituto dai nuovi contorni: esistono le mezze misure.

<https://www.diritto.it/decreto-correttivo-al-codice-degli-appalti/>