

Il soccorso istruttorio dopo il D.lgs. 19.4.2017 n. 56 cd. Decreto Correttivo

Autore:

A) Il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo in virtù dell'art. 6 L. n. 241/1990 che codifica il potere del RUP di adottare detto strumento al fine di colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori che dovessero emergere in fase istruttoria.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, in particolare, il soccorso istruttorio è lo strumento che consente di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

La ratio dell'istituto è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, conseguentemente ampliando la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del favor participationis.

L'istituto ha origine comunitaria risalente. Nasce infatti in virtù della direttiva europea n. 71/305/CEE del 26 luglio 1971.

Nel codice dei contratti pubblici (D.lgs. 12.4.2006 n. 163) l'istituto era originariamente disciplinato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter (commi introdotti dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito nella L. n. 114/2014 "Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici" frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art. 56 par. 3 della Direttiva 24/2014/UE - Direttiva Appalti).

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 18.4.2016 n. 50) la disciplina del soccorso istruttorio è stata modificata sotto diversi profili, nella speranza di superare le questioni più problematiche e dibattute, ed inserita nell'art. 83 comma 9, nell'ambito dei criteri di selezione.

A quasi un anno dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, in virtù della facoltà concessa dall'art. 1 comma 8 della L. 28 gennaio 2016, n. 11 (Legge delega per l'attuazione delle direttive 20/4/23/UE, 2014/241UE e 2014/251UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) è stato adottato il D.lgs. 19.4.2017 n. 56 che ha introdotto disposizioni integrative e correttive al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il cd. Decreto Correttivo, il cui schema tiene conto delle consultazioni con le principali stazioni appaltanti e associazioni di categoria, delle osservazioni formulate dall'ANAC, dei pareri del Consiglio di Stato e dei suggerimenti provenienti dalle Regioni e dai Comuni, è entrato in vigore il 20 maggio 2017.

In particolare l'art. 52 comma 1 lett. d) ha modificato, per l'esattezza, riscritto, l'art. 83 comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 dedicato al soccorso istruttorio al quale ha apportato ulteriori e sostanziali modifiche che è possibile cogliere appieno ponendo a raffronto le due norme.

Art. 83 comma 9 D.lgs. n. 50/2016

Art. 83 comma 9 D.lgs. n. 57/2017

9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e 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 tecnica ed economica, 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'1 per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a 10 giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. 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.

9. 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.

La modifica più evidente consiste nell'eliminazione dell'onerosità del soccorso istruttorio: gli operatori economici avranno la facoltà di regolarizzare e/o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti e/o irregolari senza dover sostenere alcun onere finanziario.

L'introduzione del soccorso istruttorio gratuito riporta coerenza tra l'istituto e la legge delega n. 11/2016

per la predisposizione del nuovo codice degli appalti che (all'articolo 1, comma 1, lett. z) prescriveva la "riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta...".

Sulla necessità di eliminare il soccorso istruttorio a pagamento si era pronunciato anche il Consiglio di Stato con parere n. 855/2016 reso sullo schema del decreto delegato del 2016.

L'espunzione dell'onerosità del soccorso istruttorio conforma finalmente l'istituto ai principi comunitari volti alla massima apertura del mercato alla concorrenza.

In proposito è opportuno rammentare che l'intervento correttivo trae spunto dall'ordinanza 3.10.2016 n. 10012 con la quale il TAR Lazio aveva messo in discussione la legittimità comunitaria del soccorso istruttorio oneroso, sottoponendo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea alcune questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 38 comma 2-bis del D.lgs. 12.4.2006 n. 163 rispetto alla disciplina di cui agli artt. 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE ed ai principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione in materia di procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Nel caso di specie (mancanza di sottoscrizione di una dichiarazione prescritta dal bando di gara e dal disciplinare da parte del legale rappresentante della capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese - R.T.I. - e conseguente comminatoria della "sanzione" pari a € 35.000) il TAR Lazio censurava innanzitutto l'automatismo con il quale la stazione appaltante aveva imposto il pagamento della sanzione per il solo fatto di aver riscontrato una carenza nella domanda di partecipazione a prescindere dalla scelta dell'operatore economico di avvalersi o meno del soccorso istruttorio. Il TAR Lazio contestava inoltre la norma laddove non prevedeva la possibilità, per la stazione appaltante, di graduare la sanzione in ragione delle gravità riscontrate con la conseguenza che, non essendovi alcuna differenza tra una domanda di partecipazione carente sotto un unico profilo (magari una mera irregolarità) ed una domanda carente sotto plurimi e gravi profili, sarebbero state sanzionate allo stesso modo situazioni completamente diverse. Sotto questo aspetto una sanzione potenzialmente sproporzionata rispetto alla gravità del deficit documentale ravvisato dalla stazione appaltante è apparsa al Collegio remittente ingiustamente punitiva. Peraltro, rilevava lo stesso Tribunale, nel bilanciamento tra costi certi (la sanzione pecuniaria) e costi incerti (le chances di vittoria della gara) una sanzione di notevole entità avrebbe potuto condurre un'impresa economicamente più debole a decidere di abbandonare la gara.

Ancora in ambito comunitario la Direttiva appalti 24/2014/UE (artt. 56 comma 3 e 59 comma 4), cercando di favorire al massimo la partecipazione delle imprese alle gare, ammette gli operatori economici ad integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso dei requisiti generali e speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione, precisando che tali integrazioni possano avvenire su invito della stazione appaltante purché nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento e, in materia di Documento di gara unico europeo (DGUE), prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa 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, senza disporre il pagamento di alcuna sanzione.

In termini più generali la totale gratuità del soccorso istruttorio è peraltro espressione del cosiddetto divieto di “goldplating” (di cui all’art. 32, comma 1, lett. c) L. 234/2012 - Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione Europea), dal quale deriverebbe il divieto per gli Stati membri, in sede di recepimento delle Direttive comunitarie, di introdurre regole che comportino costi ed oneri aggiuntivi per le imprese e i cittadini rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario.

L’introduzione della gratuità dell’istituto non esclude (secondo il Consiglio di Stato, sez. normativa, parere n. 432/2017) la possibilità di far gravare sul concorrente che vi ha dato causa almeno le spese sostenute dalla stazione appaltante derivanti dall’aggravio procedimentale e dalla dilatazione dei tempi necessari per realizzare la prescritta integrazione documentale.

Il medesimo Collegio ha rilevato la bontà della scelta di eliminare le sanzioni per il soccorso istruttorio nonostante ciò privi il sistema dell’unico strumento di deterrenza con conseguente possibilità di generalizzazione di comportamenti poco virtuosi, disattenti e/o negligenti degli operatori e relativo rischio di allungamento delle procedure. In quest’ottica il Consiglio di Stato proponeva di valorizzare il mancato ricorso alla procedura di soccorso istruttorio come indizio della virtuosità dell’impresa, e dunque come elemento valutabile ai fini del rating di impresa (art. 83 comma 10).

B) La riscrittura della norma di cui all’art. 83, comma 9, oltre ad eliminare l’onerosità dell’istituto, ha superato la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, con la conseguenza che gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull’offerta economica e tecnica.

In particolare il correttivo conferma la sanabilità delle sole carenze “formali” degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.) ma non anche delle carenze “sostanziali” dei requisiti di partecipazione (pertanto è emendabile l’errore materiale della mancata allegazione della dichiarazione attestante il possesso del requisito essenziale di partecipazione o commesso nella dichiarazione concernente il requisito essenziale di partecipazione ma non la carenza del requisito entro il termine di partecipazione stabilito dal bando).

Nello specifico sono sanabili la mancanza, l’incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale e non degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.).

Sono escluse invece dal soccorso istruttorio le carenze (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità) dell’offerta tecnica ed economica. Detta previsione, frutto del recepimento a livello normativo di un indirizzo interpretativo che si era già consolidato sotto la vigenza del Codice del 2006) era stata condivisa

anche dall'ANAC (Determinazione n. 1/2015) al fine di evitare violazioni del principio della par condicio tra i concorrenti.

Sono inoltre insanabili le irregolarità essenziali rappresentate da carenza della documentazione (relativa ai requisiti richiesti a pena di esclusione) tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione stessa (in conformità alla precisazione fornita dall'ANAC nella Determinazione n. 1/2015).

C) Procedimento di sanatoria.

A fronte di irregolarità insanabili si procederà all'immediata esclusione dell'operatore dalla gara. In presenza di irregolarità sanabili, invece, il R.U.P. (come già previsto nel testo ante Correttivo) attiva (ha l'obbligo di attivare) il procedimento di regolarizzazione assegnando all'operatore economico un termine non superiore a 10 giorni entro il quale dovrà procedere alle integrazioni. Il R.U.P. dovrà indicare sia l'operazione da compiere che i soggetti tenuti all'integrazione.

L'inutile decorso del termine di regolarizzazione comporta l'esclusione dalla gara del soggetto soccorso.

"L'esclusione dalla gara avviene non solo in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione (come già previsto dal testo vigente), ma anche in caso di inadeguatezza delle integrazioni presentate" (Atto del Governo n. 397 - Dossier Servizio Studi n. 390).

Nonostante l'entrata in vigore del Decreto Correttivo, restano acquisiti all'istituto in commento alcuni principi elaborati e precisati dalla giurisprudenza più recente in relazione a casi formati sotto il vigore della disciplina previgente.

D) Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione.

L'Amministrazione può ricorrere al soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione della gara. In tal senso si è espresso recentemente T.A.R. Roma, sez. II°, 15/3/2017 n. 3541.

Nel caso sottoposto al Collegio la ricorrente (seconda graduata) lamentava che il R.T.I. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la mandataria, pur avendo acquisito nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, un ramo d'azienda da altra società, non aveva prodotto in sede di partecipazione ma solo successivamente alla aggiudicazione della gara, la dichiarazione sostitutiva attestante l'assenza delle cause di esclusione ex art. 38 d.lgs. 163/2006, in capo agli amministratori dell'impresa cedente.

Nello specifico la ricorrente affermava l'impossibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio a gara ormai conclusa, rilevando che la retrocessione della procedura alla fase in cui si sarebbe dovuto effettuare

il soccorso istruttorio troverebbe un ostacolo insormontabile nel principio di separazione tra le fasi di valutazione della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica da quella di valutazione dell'offerta economica.

Respingendo detti motivi il Collegio ha ritenuto che "l'Amministrazione possa ricorrere all'istituto del c.d. soccorso istruttorio in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici anche in un momento successivo all'aggiudicazione della gara (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 luglio 2016, n. 948). Riguardo all'istituto del soccorso istruttorio va rilevato, in generale, che la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* al caso di specie), dopo le modifiche introdotte dall'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. n. 114/2014, consente la sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, atteso, che, facendo la norma esplicito riferimento anche agli «elementi» e non solo alle «dichiarazioni», è consentita l'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, in relazione ai requisiti e condizioni di partecipazione, purché sussistenti alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (non essendovi possibilità di acquisirli successivamente), e con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (cfr. Determina ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015). Dunque, con riferimento alla documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara, deve ritenersi normalmente possibile anche il soccorso istruttorio quando la documentazione esaminata dall'Amministrazione non sia risultata sufficientemente chiara o completa nella dimostrazione dei requisiti richiesti, fermo restando, anche qualora venga esercitata tale facoltà, il potere dell'Amministrazione di escludere dalla gara le imprese che non provino, dopo una eventuale richiesta istruttoria integrativa, il possesso dei necessari requisiti tecnici richiesti per la partecipazione alla gara. Tale essendo la ratio e la finalità dell'istituto, deve ritenersi che il relativo subprocedimento non sia precluso a valle dell'aggiudicazione e, quindi, alla stazione appaltante è consentito chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma, nei casi in cui l'Amministrazione si sia avveduta di eventuali carenze documentali non a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni) ma all'esito dell'aggiudicazione (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 29 aprile 2016, n. 712; e T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 24 giugno 2016, n. 1276)".

In sostanza il Collegio ha escluso che l'applicazione del soccorso istruttorio potesse comportare "qualsivoglia effetto pregiudizievole sia sulla trasparenza della gara, sia sulla par condicio, in quanto la stazione appaltante si limita, nell'ottica di economicità dell'azione amministrativa, a consentire la regolarizzazione di vizi dell'offerta senza per questo inficiare la correttezza della gara espletata".

E) Soccorso istruttorio processuale.

Una ipotesi particolare di soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione è quella del soccorso istruttorio processuale sul quale si è pronunciato recentemente il Consiglio di Stato, Sez. III, con le sentenze nn. 975 e 976 del 2 marzo 2017.

L'istituto in commento, privo di puntuale disciplina normativa, riguarda le ipotesi nelle quali risulta accertato in giudizio che:

“a) la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un’offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente;

b) l’indicata carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l’immediata esclusione dell’offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l’attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale, disciplinato dal codice dei contratti pubblici”.

Preliminarmente la Sezione ricorda che la disciplina del soccorso istruttorio è diretta espressione dell’impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento che devono “...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 sostanza l’istituto “...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”.

Sulla base di tale premessa il Collegio esclude che il soccorso istruttorio sui requisiti di partecipazione disposto successivamente all’intervenuta l’aggiudicazione violi il principio della “par condicio” tra i concorrenti. Infatti “...la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l’esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l’incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell’aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall’inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento. In tale caso, infatti, l’irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l’obbligatoria procedura di soccorso istruttorio”. Pertanto “...la successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l’esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l’obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio”.

Per contro, rileva il Collegio, escludere la possibilità di ricorso al soccorso istruttorio comporterebbe effetti del tutto irragionevoli e sproporzionati poiché l’impresa aggiudicataria sarebbe privata della possibilità di stipulare il contratto, pur disponendo, in via sostanziale, dei necessari requisiti e potrebbe azionare una domanda risarcitoria nei confronti della stazione appaltante.

Dal punto di vista strettamente processuale il Collegio ha ritenuto innanzitutto che la questione non possa essere rilevata d'ufficio del giudice, presupponendo un'iniziativa della parte aggiudicataria, interessata alla affermazione della legittimità (sostanziale) della propria ammissione alla gara.

In particolare l'aggiudicataria al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara non sarà tenuta a proporre ricorso incidentale, ma potrà limitarsi ad una deduzione difensiva diretta a dimostrare il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione. Tuttavia, a tal fine, ex art. 2697 c.c., essa dovrà superare "...la prova di resistenza, non potendo pretendere di paralizzare l'azione di annullamento, adducendo, solo in via ipotetica, la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma deve dimostrare in giudizio che, ove fosse stato attivato, correttamente, tale rimedio l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione".

Ciò premesso il Collegio ha valutato i possibili esiti della istruttoria processuale.

Nel caso in cui il giudice amministrativo rilevi che alla carenza formale non corrisponda anche una carenza sostanziale del requisito (avendo la parte onerata provveduto alla produzione in giudizio della documentazione omessa o irregolarmente prodotta) potrà dichiarare che il vizio era sanabile e che l'offerente (aggiudicatario) aveva interesse a sanarlo. "Un tale accertamento renderebbe inutile l'ulteriore pronuncia costitutiva deputata a privare d'effetto l'aggiudicazione, poiché l'ulteriore procedimento amministrativo che ne scaturirebbe non potrebbe che essere una mera riproduzione, in forma amministrativa, del percorso giudiziale già effettuato nel contraddittorio della parti sotto la supervisione del giudice così come descritto in sentenza. Nondimeno, l'accertamento conserverebbe una sua autonoma utilità, poiché è in grado di vincolare l'amministrazione, determinando, in virtù del connesso effetto conformativo, l'obbligo di ingiungere la sanzione".

"A conclusioni del tutto diverse deve giungersi quando le lacune dell'offerta non siano solo formali, ma si accompagnino, invece, ad una effettiva carenza sostanziale del requisito, o, quanto meno, al ragionevole dubbio che quest'ultimo possa essere carente. In tali casi l'annullamento rimane l'unica strada percorribile per il giudice".

F) Le modifiche apportate dal decreto correttivo mirano a perfezionare l'impianto normativo del D.lgs. n. 50/2016 senza intaccarlo, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza in modo da perseguire efficacemente l'obiettivo dello sviluppo del settore. In realtà già nel corso delle audizioni parlamentari erano emerse alcune criticità nelle osservazioni formulate dalle maggiori stazioni appaltanti, dagli operatori economici e dalle associazioni di categoria consultate dal Parlamento. Da più parti è stata rilevata la complessità, la mancanza di chiarezza della normativa e la difficoltà ad applicare l'istituto. In particolare il Consiglio di Stato (parere n. 855/2016) auspicava l'esplicitazione dei casi di mera "irregolarità essenziale" della dichiarazione (che può essere ammessa al soccorso istruttorio) e dei casi di carenza di un elemento essenziale dell'offerta (che comporta l'esclusione dell'impresa).

Tuttavia a fronte delle rilevate problematiche lo stesso Consiglio di Stato (con parere n. 432/2017) ha

evidenziato i limiti dello strumento del decreto correttivo in sé e rispetto al codice dei contratti pubblici.

Infatti, premesso che il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi (si veda da ultimo parere Comm. speciale, 14 marzo 2017, n. 638), lo strumento consente unicamente ""integrazioni e correzioni" (anche rilevanti), a seguito di una periodo di "sperimentazione applicativa", riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega. Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di 'nuova riforma', pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un'opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione (cfr. Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. St., ad. gen., 6 giugno 2007 n. I; Cons. St., sez. norm., 9 luglio 2007 n. 2660107; Id., 5 novembre 2007 n. 3838/07; Id., 26 luglio 20 Il n. 2602)".

Detto questo il Consiglio di Stato ha anche sottolineato che "nessuna riforma nasce subito perfetta, ma molte possono diventarlo con una fase di progressivo adattamento" nell'ambito della quale i decreti "integrativi e correttivi" hanno un ruolo essenziale sia per eliminare illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, sia per apportare le correzioni e le integrazioni che l'applicazione pratica renda opportune, se non indispensabili, per il buon funzionamento della riforma.

Complessivamente è possibile dire che l'eliminazione del soccorso istruttorio oneroso e la maggiore sinteticità sono scelte sicuramente lodevoli anche se la norma continua a presentare aspetti oscuri e potenziali difficoltà applicative per far fronte alle quali, in considerazione del breve lasso di tempo intercorso tra l'emanazione del decreto legislativo n. 50/2016, si potrà certamente fare riferimento ai principi giurisprudenziali già formati, nell'attesa di un nuovo intervento dell'ANAC e della futura elaborazione giurisprudenziale.

<https://www.diritto.it/soccorso-istruttorio-d-lgs-19-4-2017-n-56-cd-decreto-correttivo/>