

Il procedimento del soccorso istruttorio

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

Nella previgente disciplina, l'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006, come novellato dal d.l. n. 90/2014, convertito in legge, recitava:

art. 38, comma 2 bis d.lgs. n. 163/2006 "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".

Il comma 2 bis dell'art. 38 del vecchio Codice aveva, quindi, **ricondotto la portata del soccorso istruttorio alla mancanza, all'incompletezza e a ogni altra irregolarità essenziale nelle dichiarazioni sostitutive** volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in sé per sé considerate, in modo da obbligare il concorrente - previo pagamento della sanzione - a sanare le irregolarità riscontrate. In presenza di irregolarità essenziali la disposizione prevedeva che il concorrente, che non voleva essere escluso dalla procedura dovesse, da un lato, pagare la sanzione pecuniaria nell'importo stabilito dal bando di gara e garantito dalla cauzione provvisoria e, dall'altro, inviare nei termini stabiliti dalla stazione appaltante i documenti richiesti. Se poi il termine assegnato dalla stazione appaltante fosse decorso inutilmente senza che il concorrente avesse provveduto alla regolarizzazione o integrazione richiesta, questi veniva escluso dalla procedura di gara, non dovendo pagare la sanzione pecuniaria. L'essenzialità dell'irregolarità determinava l'**obbligo del concorrente di integrare le dichiarazioni rese** e di pagare la sanzione pecuniaria quale sanzione necessaria per non essere escluso dalla gara. Solamente quando l'irregolarità non fosse stata essenziale, il concorrente non avrebbe dovuto pagare la sanzione pecuniaria e la stazione appaltante non sarebbe dovuta ricorrere al soccorso istruttorio. La ratio della disposizione era quella, come si è detto, di superare le **incertezze interpretative in merito alle dichiarazioni prodotte**, mediante la procedimentalizzazione del potere del soccorso istruttorio, che diventava doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, anche essenziali.

In questo modo, la disciplina previgente aveva voluto evitare, nella fase del controllo delle dichiarazioni e,

quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, esclusioni dalla procedura dovute a mere carenze documentali, imponendo un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, con autorizzazione alla sanzione espulsiva solo quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante. Il soccorso istruttorio è diventato, così, uno strumento per dequalificare le irregolarità dichiarative da fattori escludenti a carenze regolarizzabili, prevedendo un particolare procedimento in cui la stazione appaltante provvedeva a richiedere al concorrente di regolarizzare le dichiarazioni rese e, al contempo, irrogava la sanzione pecuniaria prevista dal bando. Tale sanzione si giustificava per garantire la serietà delle offerte presentate, ma anche per favorire la responsabilizzazione dei concorrenti ed evitare spreco di risorse pubbliche impiegate in lunghi procedimenti per regolarizzare le dichiarazioni presentate in maniera incompleta. La sanzione pecuniaria era, dunque, finalizzata a colpire l'irregolarità essenziale, in sé e per sé considerata, essendo finalizzata a garantire una celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, a cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede.

Il procedimento fin qui descritto conduceva all'esclusione solo in presenza dell'effettiva mancanza dei requisiti di partecipazione o, comunque, in caso di mancata regolarizzazione e integrazione delle dichiarazioni carenti. nel contesto appena descritto si sono inserite le nuove direttive in materie di appalti pubblici del 2014 ove viene espressamente prevista la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione. In questo senso, il considerando n. 84 della direttiva 2014/24/UE dispone che:

Considerando n. 84 direttiva 2014/24/UE "l'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura"

Specificando all'art. 56 che: "se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza", e **all'art. 59, comma 4**, che: "l'amministrazione aggiudicatrice può 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".

La direttiva 2014/24/UE ha, quindi, subordinato l'esercizio del soccorso istruttorio solamente all'osservanza dei **principi di parità di trattamento e trasparenza**, restando indifferente rispetto al pagamento della sanzione che nell'ottica europea non assume nessuna rilevanza.

Il nuovo soccorso istruttorio

Il nuovo Codice, adottato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, nella sua originaria previsione, ha stabilito all'art. 83, comma 9, che:

Art. 83, comma 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'uno 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 dieci 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".

tale previsione, tuttavia, prevedendo una sanzione per il soccorso istruttorio si poneva in contrasto con i criteri della legge delega. Ciò ha spinto, il legislatore ad intervenire con il primo correttivo al Codice eliminando dall'articolo in commento il riferimento alla sanzione pecuniaria. La **nuova disciplina del soccorso istruttorio** in materia di appalti pubblici risulta, dunque, emendata proprio nel senso di **non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, ma lasciando inalterato il procedimento volto ad acquisire rapidamente le dichiarazioni mancanti.**

Il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 348 del 14 gennaio 2019 ha stabilito che per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio (c.d. soccorso istruttorio processuale) e contestare l'esclusione perché tale soccorso istruttorio non è stato concesso in gara, l'impresa esclusa deve 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.

Il presente contributo è tratto da

<https://www.diritto.it/procedimento-del-soccorso-istruttorio/>