

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO A PAGAMENTO: PROBLEMATICITÀ APPLICATIVA.

1. ORIGINE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

L'istituto del soccorso istruttorio deve il suo formale ingresso nell'ordinamento italiano alla direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26.07.1971, la quale riconosceva che l'amministrazione aggiudicatrice, entro certi limiti, potesse «*invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli*» (art. 27).

In tal modo, è stata introdotta la possibilità per le stazioni appaltanti di chiedere al concorrente di regolarizzare le offerte non conformi alla *lex specialis* di gara a condizione che non fosse alterata la *par condicio* ed il buon andamento della procedura.

Successivamente, la giurisprudenza e la dottrina hanno ampiamente dibattuto sul contenuto ed i limiti del c.d. "soccorso istruttorio", termine oggi largamente diffuso per indicare tale facoltà riconosciuta in capo alle stazioni appaltanti.

La giurisprudenza ha prediletto, per diversi anni, un'interpretazione piuttosto restrittiva della portata dell'istituto, nel timore che ne derivassero discriminazioni tra i concorrenti o che fosse messo in discussione il divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando.

Da qui la tradizionale affermazione secondo cui, nelle procedure di gara, sarebbe preclusa qualsiasi forma di *integrazione* documentale, pena la violazione dei canoni di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A..

In base a tale interpretazione, era consentita solo la *regolarizzazione*, ossia un mero intervento su circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione.

Come appare evidente, il confine tra “integrazione” e “regolarizzazione” era e rimane difficilmente riscontrabile, e non soltanto per il fatto che i due termini sono sostanzialmente interscambiabili, ma soprattutto perché, a volte, si finivano per esaltare irragionevolmente le qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando di gara, lasciando la decisione finale all’arbitrio della stazione appaltante.

A questo orientamento se ne contrapponeva un altro minoritario (diffusosi soprattutto nella giurisprudenza di primo grado), che valorizzava il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell’eccessivo rigore delle forme.

L’intenzione era quella di privilegiare il dato sostanziale rispetto a quello meramente formale e ciò in tutte quelle situazioni in cui non fosse in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell’impresa.

Secondo tale orientamento, una eventuale previsione del bando prescritta “a pena di esclusione” non sottrarrebbe comunque l’Amministrazione dall’onere del soccorso istruttorio e ciò nell’ipotesi in cui i vizi di ordine formale riscontrati non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il raggiungimento del risultato verso il quale l’azione amministrativa è diretta.

2. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO NEL CODICE DEGLI APPALTI. PROBLEMI APPLICATIVI E INTERVENTI DELLA GIURISPRUDENZA FINO ALL'ENTRATA IN VIGORE DEL D.L. 13.05.2011, N. 70.

Il punto di riferimento normativo dell'istituto in parola è attualmente rappresentato dal primo comma dell'art. 46 del Codice degli Appalti, ove si afferma che: «*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*».

Tale norma ricalca sostanzialmente il modello già previsto dalla citata direttiva comunitaria n. 71/305/CEE, lasciando, tuttavia, ampio spazio all'interpretazione della prassi e della giurisprudenza.

Come si è accennato, già prima dell'entrata in vigore del Codice, nel tentativo di conciliare i confliggenti principi della *par condicio* e del *favor participationis*, si è discusso su quali lacune potessero essere legittimamente colmate, giungendosi, pur con non poche oscillazioni, a distinguere tra “atti mancanti”, generalmente ritenuti estranei all'ambito del soccorso, e “atti incompleti”, regolarizzabili in presenza di determinate condizioni.

Secondo l'orientamento .05.ritario della giurisprudenza, rimasto tale fino alla promulgazione delle ultimissime riforme, infatti, la richiesta di regolarizzazione non poteva essere formulata dalla stazione appaltante per integrare documentazioni che, sulla base di previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotte a pena di esclusione¹.

¹ Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 802 del 27.12.2006.

L'esercizio del potere della stazione appaltante, pertanto, non doveva comportare una modifica dell'offerta nei suoi elementi o formalità, ma poteva riguardare esclusivamente documenti già presentati², e per di più entro il termine perentorio individuato dal bando per la presentazione delle offerte e del relativo corredo documentale³.

Inoltre, una certa giurisprudenza (oggi, come si dirà più avanti, superata) ravvisava che non vi fosse un obbligo, ma soltanto una mera facoltà, di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita.

Detta facoltà, in particolare, poteva essere esercitata dalla P.A. solo ove quest'ultima, nell'ambito della propria sfera di discrezionalità e tenuto conto della specifica irregolarità riscontrata, avesse ritenuto una simile richiesta compatibile con i tempi del procedimento ed ovviamente con il principio della parità di trattamento⁴.

Ne scaturiva che il mancato esercizio di tale facoltà fosse insindacabile da parte del giudice amministrativo⁵.

3. L'INTRODUZIONE DEL COMMA 1 BIS NEL TESTO DELL'ART. 46 DEL CODICE DEGLI APPALTI. CONTROVERSIE SUSCITATE DALLA NUOVA NORMA E ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA.

Per lunghi anni, in sostanza, il compito di definire, circoscrivere od ampliare l'ambito del soccorso istruttorio è stato rimesso all'esegesi interpretativa e,

² Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3280 del 30.05.2006.

³ Cfr. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 590 del 2001.

⁴ Cfr. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 802 del 27.12.2006; si veda anche Consiglio di Stato, sentenza n. 6280 del 14.10.2003.

⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 5206 del 3.10.2002.

soprattutto, innovativa dei giudici e ciò fino all'entrata in vigore del D.L. 13.05.2011, n. 70, convertito dalla legge 12.07.2011, n. 106.

Detta norma, infatti, ha introdotto nel Codice degli Appalti il comma 1 *bis* dell'art. 46, introducendo il principio della “*tassatività delle cause di esclusione*”, stabilendo che: «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*».

In questo modo, il legislatore, nell'elencare le tassative condizioni affinché possa essere disposta l'esclusione di un concorrente dalla gara, ha implicitamente ridefinito l'ambito del soccorso istruttorio, quale rimedio alle irregolarità non essenziali delle offerte.

Tuttavia, l'equivoca formulazione della disposizione ha determinato gravi incertezze confluite in orientamenti e prese di posizione spesso estremi, se non illogici.

Secondo un certo punto di vista, il comma 1 *bis* dell'art. 46 dovrebbe essere interpretato restrittivamente, nel senso che l'esclusione del partecipante potrebbe essere disposta soltanto in presenza delle cause in esso enunciate, oppure al ricorrere di altri vizi espressamente sanzionati da altre norme con “pena di esclusione”.

Così ragionando, si giunge a ritenere che, mentre costituirebbero certa causa di estromissione il difetto delle condizioni soggettive di cui all'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163/06, l'impiego della medesima impresa ausiliaria da parte di più concorrenti (articolo 49, comma 8), oppure il difetto dell'impegno del garante nel rilasciare la cauzione definitiva, la stessa sanzione non potrebbe essere irrogata per l'assenza della cauzione provvisoria, per la presentazione tardiva dell'offerta e, in via generale, in tutti quei casi in cui non vi sia una disposizione che esplicitamente commini l'esclusione.

La stessa interpretazione del comma 1 *bis* dell'art. 46, se portata agli estremi, potrebbe condurre a ritenere che tutte le ulteriori prescrizioni introdotte dagli atti di gara a pena di esclusione siano nulle di diritto. Così, ad esempio, sarebbe invalida la prescrizione della *lex specialis* di gara che prevedesse, a pena di esclusione, una certa data ed ora come termine massimo per la presentazione delle offerte.

In realtà, già l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, nell'audizione del 29.09.2011⁶, nel fornire le prime indicazioni sui bandi-tipo, aveva spiegato che, secondo la nuova disposizione, l'esclusione dalla procedura poteva intervenire non soltanto quando la Legge la comminasse espressamente, ma anche quando la normativa imponesse "adempimenti doverosi" o stabilisse dei "divieti" che, pur non essendo esplicitamente sanzionati con l'esclusione, fossero comunque conformi alla *ratio* del *numerus clausus*.

In termini più generali, secondo l'Autorità, ogni qual volta il Codice degli Appalti o il Regolamento si esprimono in termini di divieto, ovvero di doverosità degli adempimenti, attraverso il ricorso ad espressioni come "deve", "devono", "è

⁶ Cfr. AVCP audizione del 29.09.2011, disponibile su www.anticorruzione.it.

obbligato”, si deve ritenere che quell’adempimento sia imposto a pena di esclusione.

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha avallato questa interpretazione con la sentenza n. 9 del 25.02.2014 affermando che non è necessario, ai sensi dell’art. 46, comma 1 *bis*, del Codice, che la sanzione dell’esclusione sia espressamente prevista dalla norma, ma è sufficiente che sia certo il carattere imperativo del precetto che impone uno specifico adempimento al concorrente.

Sono da ritenersi, quindi, legittime le clausole dei bandi di gara che stabiliscano, a pena di esclusione, adempimenti che, anche se di natura formale, risultano conformi ai casi tassativi elencati nel comma 1 *bis* dell’art. 46 del Codice, oppure ad altre norme di legge.

Il potere del soccorso istruttorio, parallelamente, viene ad incentrarsi sulla regolarizzazione o sul completamento di documenti e/o dichiarazioni già trasmessi alla Stazione appaltante, ma non può servire ad autorizzare la produzione tardiva di documentazioni mancanti o a sanare vizi formali, sanzionati a pena di esclusione dall’ordinamento.

Peraltro, l’evoluzione delle posizioni giurisprudenziali, simmetricamente al progressivo adeguamento delle normative, ha portato al superamento dell’idea che il soccorso istruttorio sia un potere ad esercizio facoltativo.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, quando si configuri la necessità di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto prodotto in gara, il soccorso istruttorio non è soltanto consentito, ma propriamente dovuto, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in ossequio al principio di leale collaborazione codificato all’art. 46 del Codice dei Contratti Pubblici, a richiedere o a consentire

l'integrazione, al fine di rendere l'offerta conforme alle richieste della *lex specialis* di gara⁷.

D'altronde, anche questi aspetti della dialettica giurisprudenziale devono considerarsi in parte superati per effetto dell'ultima riforma approvata dal legislatore nel 2014, che, pur non avendo modificato il comma 1 *bis* dell'art. 46, ne ha stravolto la portata.

4. IL DECRETO LEGGE 24 .06. 2014, N. 90 E L'INTRODUZIONE DEL COMMA 2 BIS NELL'ARTICOLO 38 DEL CODICE DEGLI APPALTI: IL C.D. "SOCCORSO ISTRUTTORIO A PAGAMENTO". LA SENTENZA DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 16 DEL 31 .07. 2014.

4.1. Con l'entrata in vigore del Decreto Legge 24.06.2014, n. 90⁸, il quadro normativo ha subito un altro radicale cambiamento a causa dell'inserimento, nell'articolo 38 del Codice degli Appalti, del nuovo comma 2 *bis*: *«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,*

⁷ Cfr. sul punto: Consiglio di Stato, sentenza n. 1122 del 25.02.2013; Consiglio di Stato, sentenza n. 4370 del 2.09.2013.

⁸ Convertito con modificazioni dalla Legge 11.08.2014, n. 114.

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. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte».

Con questa articolata disposizione, contenuta nel titolo IV del D.L. 90/2014, dedicato alle “*Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l’attuazione del processo civile telematico*”, il Legislatore ha inteso perseguire alcune importanti finalità.

In primo luogo, il superamento delle incertezze interpretative emerse nella prassi e nella giurisprudenza attraverso la c.d. “procedimentalizzazione del soccorso istruttorio”: ciò che fino a quel momento rappresentava un’incerta scansione della procedura di gara, diviene a sua volta un sub-procedimento, assoggettato a regole prestabilite dall’ordinamento.

In secondo luogo, la deflazione del contenzioso amministrativo: le nuove norme mirano a consentire la risoluzione di controversie che l’esperienza ha evidenziato come fisiologiche delle gare pubbliche, allo scopo di ridurre la necessità di ricorrere al giudice amministrativo (in questo senso, l’innalzamento dei costi del contributo unificato dovrebbe costituire un’ulteriore spinta a prediligere la soluzione predisposta dal legislatore). Statisticamente, infatti, una notevole parte dei contenziosi amministrativi nell’ambito degli appalti pubblici riguarda proprio la fase di ammissione ed esclusione dalla gara (sovente per questioni di carattere

puramente formale), oppure contestazioni, da parte di alcuni concorrenti, in ordine all'ammissione di altri.

In terzo luogo, la previsione di una istruttoria veloce, diretta ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima dell'avvio della fase di valutazione dell'ammissibilità dell'offerta.

Infine, l'introduzione di una sanzione pecuniaria che incentiva i concorrenti ad una .05.re diligenza nella produzione dei documenti.

Proprio quest'ultima previsione appare la novità più rilevante (o quanto meno più appariscente) introdotta dal legislatore, novità sulla quale è incentrato il presente intervento: il c.d. "*soccorso istruttorio a pagamento*".

Secondo detta modifica normativa, in caso di mancanza, incompletezza o di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, il concorrente responsabile è obbligato a pagare una sanzione pecuniaria (garantita dalla cauzione provvisoria) nella misura stabilita dal bando, compresa tra l'uno per mille e l'uno per cento del valore della gara e, comunque, non superiore a € 50.000.

A tal fine, l'Amministrazione, rilevato il difetto essenziale, assegna al concorrente un termine, non .05.re di dieci giorni, per eseguire la relativa regolarizzazione, soltanto trascorso inutilmente il quale dovrà essere disposta l'esclusione dalla procedura.

Ne scaturisce un capovolgimento del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria nella rammentata sentenza n. 9/2014, dal momento che diventano sanabili tutte le essenziali carenze, omissioni o irregolarità della documentazione, come espressamente stabilito da un'altra nuova norma introdotta dal legislatore, il comma 1 *ter* dell'articolo 46: «*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».

Qualsiasi carenza, omissione o irregolarità è ora sanabile, con alcuni limiti insuperabili rappresentati dall'inalterabilità del contenuto dell'offerta, dalla certezza in ordine alla provenienza della stessa, dal principio di segretezza della presentazione delle dichiarazioni e di inalterabilità delle condizioni di partecipazione alla gara.

Il soccorso è, quindi, ammesso con larghezza in riferimento ai requisiti di partecipazione, non anche per supplire a carenze dell'offerta.

Per le stesse ragioni, non è consentito ricorrere alle nuove norme per acquisire, in sede di gara, un requisito o una condizione di partecipazione che risultava mancante alla scadenza del termine di presentazione della domanda.

Il soccorso istruttorio è obbligatorio per qualunque ipotesi di omissione o di irregolarità delle documentazioni e delle dichiarazioni rese in gara, mentre la sanzione dell'esclusione dalla gara può essere irrogata solamente quando la regolarizzazione non sia stata eseguita dal concorrente entro il termine assegnato dalla stazione appaltante.

Le carenze originarie, quindi, non costituiscono più causa sufficiente per l'estromissione.

Significativamente, l'obbligo della presenza degli elementi e delle dichiarazioni richieste dal bando di gara slitta temporalmente dall'atto della presentazione delle domande di partecipazione, al momento della scadenza del termine fissato dall'Amministrazione per la regolarizzazione.

In ogni caso, è certo che la nuova disciplina del soccorso istruttorio non può essere in alcun modo utilizzata per recuperare dei requisiti non posseduti al

momento della scadenza del termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda.

Ma v'è di più. Infatti, se le irregolarità non hanno natura essenziale, trattandosi di assenza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la Stazione appaltante non può né richiederne la regolarizzazione, né tantomeno applicare alcuna sanzione.

In altri termini, quelle ipotesi che, fino all'entrata in vigore delle nuove norme, rappresentavano il nucleo tipico dell'istituto del soccorso istruttorio, ne vengono estromesse.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 16 del 31.07.2014 (pronunciata quando si attendeva ancora l'entrata in vigore dell'ultima riforma), c'è una chiara volontà del legislatore di evitare che, nella fase del controllo delle dichiarazioni, vengano comminate esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, siano esse relative o assolute.

Si prefigura, dunque, un'istruttoria veloce, ma diretta ad acquisire, prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda, la completezza delle dichiarazioni, per evitare esclusioni formalistiche.

Sempre in un'ottica di semplificazione, è previsto che ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

4.2. È, nondimeno, chiaro che il nuovo sistema non è privo di inconvenienti, rischi ed aspetti problematici.

Già l'Adunanza Plenaria (sentenza n. 16 del 2014, *cit.*), ancora prima della formale approvazione delle innovazioni normative, aveva avvertito che il «*lessico*

infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso)» rende arduo distinguere con certezza le lacune essenziali (soggette al soccorso istruttorio) dalle distinte fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per le quali non è necessaria la regolarizzazione e non è applicabile la sanzione dell'esclusione.

Di fatto, si lascia alle stazioni appaltanti il compito di risolvere il dilemma interpretativo, con rischi facilmente intuibili e non soltanto relativamente all'aspetto della non uniformità delle scelte.

Il concorrente deluso potrebbe impugnare il provvedimento di applicazione nei propri confronti della sanzione pecuniaria, contestando la decisione dell'Amministrazione di non qualificare l'irregolarità riscontrata come "non essenziale".

Di converso, il concorrente controinteressato potrebbe impugnare il provvedimento che abbia reputato sanabile una altrui irregolarità, considerata, invece, estranea all'ambito del soccorso istruttorio.

Ci si interroga, poi, se il giudice amministrativo sarà chiamato a pronunciarsi esclusivamente su vizi procedimentali, oppure se potrà analizzare, sostituendosi alla Stazione appaltante, anche la documentazione da cui risulta l'irregolarità.

Un'altra problematica deriva dall'assenza di coordinamento tra l'art. 38, comma 2 *bis*, e le norme, rimaste inalterate, specificate dai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 46: anche qui, in assenza di chiarimenti, si amplierebbe di molto il potere-arbitrio decisionale delle stazioni appaltanti.

5. L'INTERPRETAZIONE DELLA NUOVA NORMA SULLA BASE DELLA DETERMINAZIONE DELL'ANAC N. 1 DELL'8.01.2015. INCOGNITE APPLICATIVE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO A PAGAMENTO.

Per rispondere a questi e ad altri interrogativi, l'ANAC, con la propria Determinazione n. 1 del 2015⁹, ha pubblicato i “*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 46, comma 1-ter del D. Lgs. 12.04.2006, n. 163*”.

L'Autorità intende chiarire la distinzione tra le fattispecie riconducibili alla «*mancaza, [...] incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive*» e le situazioni di «*irregolarità non essenziali ovvero di mancaza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili*», altresì esplicitando l'impatto delle nuove regole sulle cause tassative di esclusione, così come previste dalla normativa previgente, non modificata dall'ultima riforma.

Tutto ciò, ribadendo che la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può 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.

Il provvedimento dell'ANAC evidenzia, preliminarmente, come il legislatore abbia condotto al superamento del dibattito giurisprudenziale in merito alle conseguenze dell'incompleta o imperfetta dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/06.

⁹ Cfr. ANAC, Determinazione n. 1 recante *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 del 08.01.2015*, disponibile su www.anticorruzione.it.

Secondo una prima corrente, ispirata a principi sostanzialistici e perciò conforme alla *ratio* dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE¹⁰, soltanto l'insussistenza in concreto dei requisiti poteva portare all'espulsione dalla gara¹¹.

Al contrario, secondo un altro orientamento di stampo formalistico, la completezza delle dichiarazioni costituirebbe un valore da perseguire in conformità alle esigenze di trasparenza e di ordinato svolgimento della gara, sicché una dichiarazione imperfetta doveva considerarsi già di per sé illegittima, a prescindere dal fatto che l'impresa possedesse o meno i requisiti non correttamente dichiarati¹².

Il superamento di tale dibattito e il conclusivo prevalere dell'approccio sostanzialistico lasciano, come accennato, aperto il problema della definizione dei concetti di *essenzialità* delle irregolarità, e di *non indispensabilità* delle dichiarazioni carenti, per il fatto che il comma 2 *bis* dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/06 non fornisce alcuna indicazione.

5.1. Definizione di irregolarità essenziale.

Secondo l'Autorità, è ragionevole ritenere che, con la nozione di irregolarità *essenziale*, il legislatore abbia inteso riferirsi all'omissione, all'incompletezza e ad ogni altra irregolarità della dichiarazione, che non permetta alla stazione appaltante «*di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine*

¹⁰ Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, di lavori, di forniture e di servizi, disponibile <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:it:PDF>.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 583 del 6.02.2014.

¹² Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3198 del 24.06.2014.

generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice».

Tale interpretazione scaturirebbe, oltre che dall'intenzione del legislatore di evitare che la generale sanabilità delle carenze e delle omissioni induca gli operatori a produrre dichiarazioni lacunose, anche da un dato testuale dello stesso comma 2-bis, secondo cui, nei casi di irregolarità essenziale, *«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».*

Secondo l'ANAC, il riferimento espresso al “contenuto” delle dichiarazioni ed ai “soggetti” che le devono rendere, scoprirebbe l'intento del legislatore di estendere l'applicazione della norma *«a tutte le carenze – in termini di omissioni, incompletezze e irregolarità – riferite agli elementi ed alle dichiarazioni di cui all'art. 38 nonché agli aspetti relativi all'identificazione dei centri di imputabilità delle dichiarazioni stesse»*¹³.

Sono, dunque, essenziali le carenze che rendono impossibile stabilire se uno o più requisiti, contemplati dal primo comma dell'art. 38, siano (o meno) posseduti e da quali dei soggetti indicati dalla medesima norma.

L'Autorità, per chiarire ulteriormente questo aspetto, elenca tre distinte ipotesi generali di carenze essenziali:

- a) assenza di dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice;
- b) dichiarazione non resa da parte o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolari del requisito;

¹³ Cfr. ANAC, Determinazione n. 1 recante *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12.04.2006* del 08.01.2015, disponibile su www.anticorruzione.it.

c) dichiarazione che non permette di comprendere se il requisito sia posseduto o meno.

A quanto appena detto, bisogna aggiungere che, come rimarcato dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014, la dichiarazione sostitutiva, relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici, può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative individuate dal legislatore.

Parimenti, la medesima dichiarazione sostitutiva non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici. Pertanto, una dichiarazione sostitutiva compilata tenendo conto di questi principi deve ritenersi completa e non deve essere integrata o regolarizzata attraverso i poteri di soccorso istruttorio.

Sotto questo aspetto, però, l'ANAC precisa che, qualora *«la stazione appaltante richieda, nella lex specialis di gara, le singole dichiarazioni di cui all'art. 38, e da parte di tutti i soggetti ivi indicati, le stesse devono essere rese come richiesto negli atti di gara»*. E, in questa ipotesi, se le dichiarazioni rese si dimostrassero irregolari, si applicherebbero le regole del soccorso istruttorio a pagamento.

Diverso è il caso dell'omessa indicazione delle sentenze di condanna di cui al comma 1, lett. c), dell'art. 38 del Codice: se la dichiarazione non si limita a non riportare le sentenze, ma contiene un'attestazione negativa (si dichiara, magari anche soltanto mettendo una crocetta sul modulo predisposto dalla stazione appaltante, l'assenza di condanne invece intervenute), si ha una fattispecie di falso in gara, indubbiamente non sanabile.

Il potere del soccorso istruttorio resta unicamente ammesso se la dichiarazione relativa alla presenza delle sentenze di condanna è stata completamente omessa.

5.2. Coordinamento tra le cause tassative di esclusione ed il potere di soccorso istruttorio. Fattispecie di irregolarità sanabili e non sanabili.

Si è accennato che, tra gli interrogativi sollevati dall'entrata in vigore della riforma predisposta dal legislatore, figura il coordinamento tra l'art. 38, comma 2 *bis*, e le norme, rimaste inalterate, specificate dai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 46, in particolare a proposito della disciplina delle cause tassative di esclusione.

Le stazioni appaltanti non possono più procedere direttamente all'esclusione del concorrente che si sia reso responsabile di un'omissione o irregolarità essenziale, ma devono unicamente avviare il procedimento, descritto nell'art. 38, comma 2 *bis*, del Codice, di irrogazione della sanzione pecuniaria e di sanatoria dei vizi.

La citata Determinazione n. 1/15 dell'ANAC enuclea una serie di fattispecie di irregolarità sanabili e non sanabili.

Sono ritenute sanabili l'assenza della sottoscrizione e della presentazione della cauzione provvisoria, purché, con riguardo a quest'ultima ipotesi, la cauzione sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data nel rispetto della previsione di cui all'art. 75, comma 5, del D. Lgs. n. 163/2006 (in caso contrario, sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti).

È sanabile il difetto dell'espressa accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara (ad es., l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali previsti nell'ambito di protocolli di legalità), giacché, sebbene sovente richiesta dai bandi gara, non costituisce un elemento dell'offerta.

Non è ritenuto sanabile il mancato espletamento del sopralluogo obbligatorio, poiché si tratta di un adempimento che, siccome volto a far sì che il concorrente sia pienamente informato delle condizioni di esecuzione dei lavori, deve essere necessariamente eseguito prima della presentazione dell'offerta. Nondimeno, se il problema è semplicemente la mancata o irregolare allegazione del verbale di sopralluogo a norma dell'art. 106, comma 2, del regolamento attuativo del Codice, la sanatoria è senz'altro ammessa.

Non è sanabile l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della Legge 23.12.2005, n. 266.

Per ciò che concerne le irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara che incidano sulla segretezza dell'offerta, l'Autorità ha spiegato che, salvo alcune eccezioni, resta esclusa la possibilità di sanatoria a norma del comma 1 *bis* dell'art. 46 del Codice.

Ci si riferisce, nello specifico, ai casi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, in grado di far sospettare che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Ebbene, non sono sanabili e costituiscono causa di esclusione (a titolo esemplificativo):

- la mancata, errata o eccessivamente generica indicazione, sul fronte del plico, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta;
- la mancata, errata o eccessivamente generica indicazione, sul fronte delle buste interne, del contenuto delle stesse;
- la mancata sigillatura con chiusura ermetica del plico e delle buste interne;
- il mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate.

Non giustificano, invece, l'esclusione altri vizi, quali, ad esempio, la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne o dei documenti componenti l'offerta, del riferimento alla gara.

In via generale, volendo dedurre, dalle varie ipotesi citate dall'ANAC, alcune indicazioni complessive, non sono sanabili tutte quelle irregolarità, incompletezze ed omissioni che incidono, direttamente o indirettamente, sul *contenuto*, sulla *segretezza* o sulla *provenienza* dell'offerta.

Non sono, altresì, sanabili le irregolarità che, affliggendo dichiarazioni o elementi da rendere in sede di gara, incidono indirettamente sul *possesso dei requisiti* previsti dalla legge.

È questo il caso dell'assenza della dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento (art. 49, comma 2, lett. *a*), del Codice), la quale costituisce un elemento costitutivo dei requisiti che devono essere posseduti, tassativamente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta.

Lo stesso ordine di idee vale per l'omessa indicazione, in sede di offerta, della quota della prestazione che il concorrente intende subappaltare, se ciò sia necessario per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti, singoli o riuniti, al momento di presentazione dell'offerta. Naturalmente, se l'indicazione della quota del subappalto non serve per documentare il possesso dei requisiti dei concorrenti, l'eventuale omissione avrà la sola conseguenza di precludere all'aggiudicatario la possibilità di subappaltare l'opera, la fornitura o i servizi.

5.3. Definizione di irregolarità non essenziale. Il *tertium genus* di irregolarità.

Le irregolarità non essenziali, ovvero la mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, non comportano, come detto, né la necessità di una regolarizzazione, né sanzioni.

Simili irregolarità non mettono in dubbio l'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione, tanto che la Stazione appaltante potrebbe autonomamente emendare la dichiarazione del concorrente dagli elementi erranei.

Secondo l'Autorità Anticorruzione, si deve, inoltre, profilare un *tertium genus* di irregolarità (diverso tanto dalle lacune essenziali sanabili, quanto da quelle non essenziali non sanabili), relativo per lo più a *«ipotesi di completamento o chiarimento delle dichiarazioni e dei documenti presentati, in ordine ai quali deve ritenersi possibile, per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio, senza irrogare alcuna sanzione pecuniaria»*.

In tutti questi casi, vengono in considerazione irregolarità non essenziali, che però sono correlate ad elementi indispensabili (che la Stazione appaltante può legittimamente richiedere), in vista della spedita e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai partecipanti, verifica cui devono collaborare anche i concorrenti.

Se, dunque, la Stazione appaltante riscontrasse una o più lacune non essenziali, potrebbe esigere, senza applicare alcuna sanzione, l'opportuna integrazione delle dichiarazioni rese.

Costituiscono esempi di irregolarità non essenziali, ma sanabili senza irrogazione di sanzioni:

- la mancata indicazione (ove richiesta) della posizione Inps, Inail o Cassa edile, ai fini della verifica della regolarità contributiva;
- la mancata indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale;
- la mancata indicazione dell'indirizzo dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi tributari;
- la mancata indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica del concorrente.

5.4. La misura della sanzione. La cauzione provvisoria come garanzia per il pagamento della sanzione.

Venendo all'importo della sanzione, l'ANAC rileva come le Stazioni Appaltanti abbiano l'obbligo di fissare, negli atti di gara, l'importo della sanzione entro i limiti normativamente previsti, al fine di autovincolare la propria attività a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti. Se gli appalti sono suddivisi in lotti, la sanzione deve essere adeguata all'importo del lotto per cui si concorre.

Non è previsto che la sanzione possa essere differenziata sulla base delle singole violazioni contestate, dal momento che la condotta che la determina è considerata in termini unitari sulla base della "essenzialità" della mancanza, incompletezza ed irregolarità.

La sanzione si applica esclusivamente al soggetto autore delle dichiarazioni carenti, anche nell'ipotesi di presentazione dell'offerta da parte di RTI.

Analogamente, è soggetta a sanzione anche l'impresa ausiliaria che, in caso di avvalimento, abbia reso una dichiarazione *ex art. 38* difettosa.

Se gli elementi essenziali carenti della dichiarazione non vengono integrati, la Stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara, con conseguente incameramento della cauzione.

A tal proposito, l'Autorità avverte che la Stazione appaltante deve aver cura di prevedere nel bando che si procederà all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato.

La circostanza che la sanzione pecuniaria sia garantita dalla cauzione provvisoria determina altri problemi.

Innanzitutto, l'ANAC osserva che le sanzioni sono applicabili anche nei casi in cui, come nella procedura ristretta (almeno nella fase iniziale), non è prevista alcuna cauzione provvisoria, e questo poiché la cauzione provvisoria rappresenta soltanto la garanzia del versamento della sanzione, e non il presupposto per la sua applicazione.

Un altro problema è dato dall'ammontare della cauzione: secondo l'Autorità, questa nuova funzione di garanzia non giustifica nessun aumento dell'importo della cauzione provvisoria, perché la partecipazione alla gara non sia aggravata da oneri economici aggiuntivi. D'altra parte, il concorrente sanzionato, che decida per l'escussione della cauzione in luogo del pagamento diretto, resta tenuto a reintegrare la garanzia, pena l'esclusione della gara (questo aspetto deve essere esplicitato nel bando).

Si deve avvertire che un'ulteriore insidia potrebbe scaturire nei casi di cauzione provvisoria prestata sotto forma di fideiussione assicurativa, e ciò poiché il Codice

delle Assicurazioni Private vieta che la fideiussione sia a garanzia di sanzioni amministrative¹⁴.

6. IL CONTRASTO TRA ANAC E CORTE DEI CONTI IN MERITO AL TRATTAMENTO DA RISERVARE AL CONCORRENTE CHE, IN UNA GARA D'APPALTO, DECIDA DI NON AVVALERSI DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

Un aspetto della trattazione dell'Autorità che si presenta particolarmente interessante attiene al trattamento da riservare al concorrente che, in una gara d'appalto, decida di non avvalersi del soccorso istruttorio.

Secondo l'ANAC, in questo caso, al concorrente non dovrebbe essere irrogata alcuna sanzione.

Non è dello stesso avviso la Corte dei Conti, come si evince dalla prolusione resa dal Procuratore Generale, Salvatore Nottola, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015.

Orbene, secondo il Procuratore Generale: *«Il meccanismo dell'assegnazione di un termine per la sanatoria, è accompagnato [...] dalla previsione di una sanzione pecuniaria: lo scopo è chiaro, ed è quello di responsabilizzare i concorrenti a rendere dichiarazioni il più possibile complete. E dunque la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare. Il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile».*

Non soltanto, dunque, la Stazione appaltante dovrebbe irrogare la sanzione pure laddove il concorrente decidesse di non giovare del soccorso istruttorio, ma

¹⁴ Cfr. art. 12, D. Lgs. 7.09.2005, n. 209: *«Sono vietate [...] le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative»*

addirittura gli amministratori che omettessero di richiedere le somme dovute sarebbero esposti ad una responsabilità amministrativo-contabile.

Facile comprendere che, qualora tale contrasto non si componga, le Stazioni appaltanti saranno comunque indotte a prediligere l'orientamento della Corte, se non altro per non incorrere in forme di responsabilità di sicuro impatto.

Una parte della dottrina ha già, tuttavia, sottolineato come la posizione dell'ANAC sarebbe preferibile sotto il profilo della ragionevolezza, giacché la sanzione prevista dall'art. 38, comma 2 *bis*, del D. Lgs. n. 163/2006 presenterebbe profili di illegittimità sia in relazione alla disparità di trattamento tra le imprese in ragione delle loro condizioni economiche, sia in relazione al grave pregiudizio al principio della libera concorrenza.

La previsione di una sanzione unica, non commisurata alla gravità dell'irregolarità, né alla capacità economico-finanziaria del concorrente, rischia, infatti, di pregiudicare gravemente le ragioni degli operatori più deboli, addossando loro, in aggiunta al peso della crisi economica, ulteriori costi che possono comprometterne la stessa esistenza.

In questa ottica, sarebbe ancora più irragionevole ritenere, come opinato dalla Corte dei Conti, che le imprese debbano pagare la sanzione anche quando decidano di non rispondere alla richiesta di regolarizzazione avanzata dalla stazione appaltante e, quindi, di rinunciare alla gara.

7. CONCLUSIONI.

7.1. La nuova disciplina anticipa, in un certo senso, il recepimento delle ultime direttive comunitarie in materia di appalti, le quali introducono la figura del

Documento di Gara Unico Europeo (DGUE), «che consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi»¹⁵.

Al pari delle Istituzioni comunitarie, il legislatore italiano persegue un obiettivo di semplificazione e razionalizzazione delle procedure di gara con riferimento alle compilazione e alla successiva valutazione delle domande di partecipazione.

All'ampliamento del campo di applicazione del soccorso istruttorio, corrisponde una drastica limitazione del potere/dovere della stazione appaltante di estromettere il concorrente in presenza di vizi pur rilevanti, ma non sostanziali.

L'introduzione della sanzione, o forse meglio del "prezzo" del soccorso, dovrebbe, nelle intenzioni dei redattori della norma, incentivare le imprese a presentare domande di partecipazione il più possibile aderenti ai dettami della legge ed alle richieste delle Amministrazioni appaltanti.

Eppure, le finalità perseguite ed annunciate dal legislatore rischiano concretamente di essere contraddette dalla realtà dei fatti, a causa di alcuni innegabili aspetti oscuri del nuovo sistema.

7.2. Innanzitutto, occorre sottolineare che la decisione di introdurre lo strumento della sanzione si palesa per più versi irrazionale sotto il profilo della logica giuridica e, soprattutto, degli effetti che, con ampia probabilità, ne scaturiranno.

Invero, se è corretto ritenere che le somme che i concorrenti sono chiamati a pagare, nell'eventualità che presentino dichiarazioni incomplete, siano una "sanzione" in senso proprio, ci si interroga su quale sia l'illecito che siffatta pena mira a reprimere.

¹⁵ Art. 59, direttiva 2014/24/UE, disponibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>

È apparentemente agevole rispondere che il comportamento sanzionato sia l'inesatta e/o irregolare e/o incompleta compilazione della domanda di partecipazione: tuttavia, se così fosse, ne conseguirebbe che l'Amministrazione dovrebbe obbligatoriamente applicare la sanzione a tutti i concorrenti incorsi nella medesima irregolarità, previo accurato controllo di tutte le dichiarazioni presentate.

Di riflesso, nessun partecipante alla procedura, colpevole di simile illecita condotta od omissione, potrebbe sottrarsi all'irrogazione della sanzione, e ciò non tanto per ragioni di diritto contabile come visto enfatizzate dalla Corte dei Conti, quanto piuttosto per ossequio al principio di inderogabilità della pena.

Ancora, si deve dare risposta all'interrogativo relativo al rapporto logico-giuridico tra il numero e la gravità delle irregolarità contestate, ed il *quantum* della pena: se un concorrente presenta una dichiarazione anomala in più punti, l'Amministrazione deve applicare più volte la sanzione, oppure il rimedio sanzionatorio rimane invariato a prescindere dal grado di colpevolezza, dalla gravità della violazione e dalla quantità dei vizi individuati?

Il testo della norma non lascia spazio a possibili gradazioni della sanzione sulla base dell'importanza dell'irregolarità, né dice nulla in merito all'ipotesi di pluralità di violazioni, sicché si potrebbe sostenere che la Stazione appaltante potrebbe reiterare la sanzione almeno (e non è certo che non si possa andare oltre) fino al raggiungimento del tetto rappresentato dall'1% del valore della gara e comunque dei 50.000 €.

In alternativa, si potrebbero applicare i principi generali sulla "continuazione" dell'illecito e sulla commisurazione delle sanzioni, di cui agli artt. 8¹⁶ ed 11¹⁷

¹⁶ «Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa

della fondamentale legge n. 689/1981 in tema di violazioni amministrative e depenalizzazione.

Tuttavia, anche questa soluzione appare problematica per il silenzio della legge e per l'equivoca natura del meccanismo ideato dal legislatore.

A tal riguardo, preme sottolineare quanto sia problematico conciliare i principi fino ad oggi acquisiti relativamente all'istituto del soccorso istruttorio con l'introduzione del nuovo sistema sanzionatorio. In altri termini, se è vero che il soccorso istruttorio costituisce un diritto per il concorrente, non ha senso prevedere una sanzione a carico di chi quel diritto decida di far valere. Bisognerebbe, allora, parlare non più di "sanzione", ma di "prezzo" per l'esercizio del diritto, ispirandosi a criteri analoghi a quelli invocati per giustificare la limitazione patrimoniale dello *ius aedificandi* del proprietario.

Certo è che, a prescindere dalle sottilizzazioni, la sanzione come delineata dalla legge presenta palesi profili di iniquità (che, in alcuni casi, potrebbero degenerare nell'incostituzionalità) per l'assurda assenza di regole per la parametrizzazione della pena sulla base della gravità delle violazioni e delle condizioni economiche degli operatori. Più che la problematica della distinzione tra irregolarità essenziali, irregolarità non essenziali e *tertium genus*, preoccupa il pericolo che la previsione di una sanzione unica, magari di importo consistente, cui i concorrenti non

disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo» Art. 8, Legge n. 689/1981, disponibile su www.sanzioniamministrative.it.

¹⁷ «Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche», Art. 11, Legge n. 689/1981, disponibile su www.sanzioniamministrative.it.

possano sottrarsi neanche rinunciando ad avvalersi del soccorso istruttorio, possa ostacolare la partecipazione alle gare delle imprese più piccole.

Se così fosse, sarebbero contraddetti, ed anzi capovolti, i principi della *par condicio* e della massima partecipazione, tanto sbandierati quali capisaldi della disciplina dei pubblici appalti.

È chiaro che, di fronte ad incertezze così rilevanti, gli obiettivi di semplificazione delle procedure di gara e di deflazione del contenzioso sembrano compromessi già in partenza.

Da una parte, l'irrogazione delle singole sanzioni costituisce un serio aggravamento degli adempimenti delle Stazioni appaltanti, dall'altra, gli eccessivi punti oscuri del nuovo soccorso istruttorio rappresentano per i concorrenti altrettanti argomenti per attaccare di fronte al giudice amministrativo i provvedimenti di applicazione delle sanzioni.

7.3. Suscita perplessità anche lo snaturamento dell'istituto della cauzione provvisoria da strumento per garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e per assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata¹⁸, ad impropria garanzia per il pagamento di una sanzione amministrativa.

In aggiunta a quanto già detto a proposito dei divieti sanciti dal Codice delle Assicurazioni Private, bisogna rilevare che non si colgono nell'ordinamento italiano altri casi in cui si imponga ad un cittadino o ad un'impresa di prestare una garanzia in vista di un futuro ed eventuale illecito amministrativo.

Tutto il meccanismo, insomma, sembra improntato (se non nelle intenzioni, comunque negli effetti) non tanto alla semplificazione della gara, quanto ad

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2885 del 11.05.2009.

individuare una agevole e sicura fonte di introiti per le Amministrazioni, a scapito proprio del buon andamento delle procedure.

7.4. Ciò nonostante, la soluzione e l'occasione per superare gli inconvenienti e i pericoli descritti sono davvero a portata di mano, in considerazione dell'imminente recepimento delle ultime direttive comunitarie in materia di appalti.

Al legislatore basterebbe eliminare del tutto la sanzione, assoggettando *sic et simpliciter* al soccorso istruttorio, con assegnazione del medesimo termine non superiore a 10 giorni, ogni forma di irregolarità o incompletezza delle dichiarazioni (senza inutili distinzioni tra mancanze essenziali o non essenziali)¹⁹.

In tal modo, si scongiurerebbe il rischio di abusi, discriminazioni, incertezze e rallentamenti dell'azione amministrativa, perché tutti i concorrenti ("ricchi" o "poveri" che siano) si troverebbero nella stessa condizione.

La previsione di un termine breve per la regolarizzazione costituisce di per sé un valido incentivo alla presentazione di domande di partecipazione il più possibile complete e prive di errori, nella certezza che ogni risposta negativa alle richieste della Stazione appaltante ha come (non indifferente) conseguenza l'esclusione del concorrente. Se, poi, si scoprisse che la dichiarazione non è solamente irregolare, ma pure mendace, resterebbero applicabili gli incisivi rimedi di cui all'art. 48 del Codice degli Appalti.

Così facendo, la procedura di gara non subirebbe brusche decelerazioni e, superata la fase della verifica-integrazione delle dichiarazioni, potrebbe procedere spedita attraverso le scansioni successive.

¹⁹ Facendo, comunque, salva la categoria delle irregolarità che non necessitano di emendazione.

Il legislatore, altresì, dovrebbe proseguire nella strada della procedimentalizzazione del soccorso istruttorio, dando compimento a quanto al momento ancora soltanto imbastito.

È, infatti, indispensabile circoscrivere con chiarezza l'ambito del soccorso alla fase della prequalifica, escludendo qualsiasi contaminazione con le anomalie dell'offerta: la prequalifica deve rappresentare uno stadio ben delineato in seno alla procedura, scandito dai termini per la presentazione della domanda di partecipazione e per l'eventuale integrazione, connotato dal possibile ricorso al soccorso istruttorio, ed imperniato sulla rapida verifica delle dichiarazioni dei concorrenti.

In questa sequenza, la valutazione delle offerte si configura come un *posterius* che, a prequalifica regolarmente completata, può svolgersi più agevolmente, senza che si lasci alcuno spazio per esercizi anomali dei poteri di soccorso istruttorio.

L'art. 52²⁰ del *Code des Marchés publics* francese, descrivendo con ampiezza la possibilità di integrare le dichiarazioni incomplete, ma senza prevedere nessuna

²⁰ «I.- Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées.

L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

sanzione a carico dei concorrenti, offre un eloquente modello cui ispirarsi nella rimodulazione del soccorso istruttorio: *«Prima di procedere all'esame delle candidature, l'Amministrazione aggiudicatrice che constati che alcuni degli elementi richiesti sono assenti o incompleti può domandare a tutti i candidati interessati di completare la propria domanda di partecipazione assicurando un termine uguale per tutti che non può essere superiore a dieci giorni. L'Amministrazione può domandare ai candidati che non hanno dimostrato la capacità giuridica necessaria ai fini della candidatura di regolarizzare la propria domanda di partecipazione alle medesime condizioni. L'Amministrazione informa gli altri candidati che hanno l'opportunità di completare la propria domanda entro lo stesso termine. [...]»*.

Si auspica, dunque, che il legislatore intervenga con prontezza per rimediare alle anomalie dell'attuale sistema, così predisponendo, attraverso semplici ma efficaci modifiche delle norme vigenti, una disciplina del soccorso istruttorio finalmente e realmente orientata al rispetto della *par condicio competitorum* ed alla rapidità.

D'altronde, non è difficile prevedere che, qualora non si decidesse di intervenire rapidamente, le criticità della vigente normativa si manifesteranno con notevole intensità entro un lasso temporalmente breve, attraverso un incremento del contenzioso ed un rallentamento delle procedure di gara.

II.- Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation». Disponibile su <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

Bibliografia

Normativa

- 1) Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26.07.1971.
- 2) Legge 11.08.2014, n. 114.
- 3) Direttiva 2004/18/ce del Parlamento Europeo e del Consiglio.
- 4) Decreto Legislativo, 7.09.2005, n. 209.
- 5) Direttiva 2014/24/UE, disponibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>
- 6) Legge n. 689/1981, disponibile su www.sanzioniamministrative.it.
- 7) *Code des Marchés publics* francese, disponibile su <http://www.legifrance.gouv.fr/>.
- 8) Legge 12.07.2011, n. 106.
- 9) Decreto Legislativo, n. 163/06, *cd* Codice Appalti o Codice dei Contratti Pubblici.
- 10) Legge, 23.12.2005, n. 266.
- 11) Decreto Legge, n. 90 del 24.06.2014.
- 12) Decreto Legge, 13.05.2011, n. 70.

Giurisprudenza e Provvedimenti Autorità

- 1) Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sentenza n. 16 del 31.07.2014.
- 2) Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sentenza n. 9 del 25.02.2014.
- 3) Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 802 del 27.12.2006.
- 4) Consiglio di Stato, sentenza n. 3280 del 30.05.2006.
- 5) Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 590 del 2001.

- 6) Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 802 del 27.12.2006.
- 7) Consiglio di Stato, sentenza n. 6280 del 14.10.2003.
- 8) Consiglio di Stato, sentenza n. 5206 del 3.10.2002.
- 9) AVCP audizione del 29.09.2011, disponibile su www.anticorruzione.it.
- 10) Consiglio di Stato, sentenza n. 1122 del 25.02.2013;
- 11) Consiglio di Stato, sentenza n. 4370 del 2.09.2013.
- 12) ANAC, Determinazione n. 1 recante *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12.04.2006* del 08.01.2015, disponibile su www.anticorruzione.it.
- 13) Consiglio di Stato, sentenza n. 583 del 6.02.2014.
- 14) Consiglio di Stato, sentenza n. 3198 del 24.06.2014.
- 15) ANAC, Determinazione n. 1 recante *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12.04.2006* del 08.01.2015, disponibile su www.anticorruzione.it.
- 16) Consiglio di Stato, sentenza n. 2885 del 11.05.2009.