

Master Universitario di Secondo livello in
“Diritto di Impresa”
a.a. 2013/2014

Il nuovo soccorso istruttorio

Direttore del Master
Prof. Gustavo Visentini

Sabrina Fiore

Introduzione

L'elaborato sotto esteso attiene alla materia dei contratti pubblici, con particolare riguardo al tema del soccorso istruttorio, e prende spunto dalla novella introdotta dalla legislazione europea, nonché dalla successiva legislazione italiana di recepimento ed attuazione.

L'elaborato, infatti, muove i primi passi dalla direttiva Europea 2014/24/UE e dalla legge n. 114 del 2014, le quali, introducendo novità normative di non poco conto, in tema di appalti pubblici, ed in particolare nel settore del soccorso istruttorio, hanno reso necessaria un'analisi delle ripercussioni, in concreto, sull'esecuzione delle gare pubbliche.

Per meglio interpretare l'ambito nel quale la ricerca della scrivente è stata effettuata, appare doveroso esplicitare, *in primis*, la necessità concreta che ha spinto il Legislatore Europeo all'emanazione della direttiva *de qua*.

L'esigenza di cui sopra fonda le sue radici nel tema della c.d. "*Strategia Europa 2020*" la quale, come suggerisce lo stesso titolo, rappresenta un progetto di attuazione di prospettive europee a lungo termine che mira a rilanciare l'economia dell'Unione Europea nel decennio 2010/2020.

L'"*UE 2020*" rappresenta la prosecuzione del ciclo della "*strategia di Lisbona*" -conclusasi nel 2010, che ha sensibilmente aiutato l'Unione ad attraversare la tempesta della recente crisi- ma dalla quale si differenzia in quanto affronta nuove sfide.

La Commissione, organo di impulso legislativo europeo, ritenendo la collaborazione tra gli Stati Membri quale marcia in più per poter rendere l'Unione una realtà competitiva mondiale, ha ritenuto, infatti, che la strategia UE 2020 avrebbe dovuto concentrarsi su quegli ambiti di intervento chiave

che, migliorando la cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, mirerebbe più in alto, grazie ad un uso maggiore degli strumenti disponibili.¹

Dovendo guardare ad un risvolto pratico, possiamo affermare che sono cinque gli obiettivi che l'UE si è prefissata di raggiungere entro il 2020, e le materie interessate si ravvisano nell'occupazione, nell'innovazione, nell'istruzione, nell'integrazione sociale e nel settore del clima/energia.

La strategia, concretamente, consiste nel dare la possibilità agli Stati membri di adottare per ciascuno di questi settori i propri obiettivi nazionali i quali, successivamente, vengono posti in essere con interventi a livello europeo e nazionale, così realizzando un consolidamento della strategia che viene attuata e controllata nell'ambito del semestre europeo (il ciclo annuale di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio dei paesi dell'UE).²

¹ “In un mondo che cambia, l'UE si propone di diventare un'economia intelligente, sostenibile e solidale. Queste tre priorità che si rafforzano a vicenda intendono aiutare l'UE e gli Stati membri a conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.” in http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm.

² Sul semestre europeo: COMMISSIONE EUROPEA Bruxelles - 5.3.2014, COM (2014) 130 final - COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI - Bilancio della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, pagina 18: **2.3. “Il ruolo del semestre europeo** Dall'adozione della strategia Europa 2020, la governance economica dell'Unione è stata notevolmente rafforzata (si veda il riquadro 1). Il semestre europeo di coordinamento delle politiche economiche è ormai un indispensabile strumento per la realizzazione delle riforme tanto in ambito nazionale che a livello dell'UE, in quanto assicura che l'Unione e gli Stati membri coordinino le rispettive politiche economiche e gli sforzi per promuovere la crescita e l'occupazione. L'allegato I descrive le fasi principali del semestre europeo: il ciclo prende avvio ogni anno con l'analisi annuale della crescita con la quale la Commissione individua le priorità dell'Unione; questa alimenta le discussioni con gli Stati membri in vista del Consiglio europeo di primavera e in preparazione dei rispettivi programmi nazionali di riforma e dei programmi di stabilità e convergenza, che vengono presentati a aprile. La valutazione dei programmi da parte della Commissione si traduce in raccomandazioni specifiche per paese che vengono approvate dal Consiglio e dal Consiglio europeo. Questo processo vede sempre più coinvolto anche il Parlamento europeo, per esempio nel quadro della «settimana parlamentare» agli inizi di gennaio, dove vengono discusse le maggiori priorità, o nel quadro dei «dialoghi economici» periodici che il Parlamento intrattiene con i principali interlocutori a livello nazionale e dell'Unione. È stato inoltre potenziato il coinvolgimento delle parti sociali nel semestre europeo²⁴. Gli obiettivi della strategia Europa 2020 sono discussi nel quadro del semestre europeo e ne informano le diverse fasi: indirizzano la scelta delle priorità dell'analisi annuale della crescita, sono parte integrante dell'analisi su cui si basano ogni anno le raccomandazioni specifiche per paese e gli Stati membri sono invitati a rendere conto dei progressi realizzati verso il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dai rispettivi programmi nazionali.”

Appare opportuno, per mero tuziorismo espositivo, specificare l'attività svolta annualmente dalla Commissione Europea nei confronti degli Stati Membri, che si sostanzia nell'elaborazione di un documento, rivolto a ciascuno degli stessi, in cui viene dettagliatamente analizzata la situazione economica del Paese di riferimento, raccomandando allo stesso i provvedimenti opportuni da adottare a livello nazionale in un arco temporale corrispondente a 18 mesi, successivi alla emanazione del documento *de quo*.

In generale, tale documento attiene alle più svariate problematiche che il Paese di riferimento dovrà affrontare: stato delle finanze pubbliche, riforma delle pensioni, misure per creare nuovi posti di lavoro e combattere la disoccupazione, sfide nel campo dell'istruzione e dell'innovazione, efficienza della pubblica amministrazione, concorrenza, ecc.

Tale documento, redatto dalla Commissione, rappresenta unicamente la base della raccomandazione che, in definitiva, sarà adottata, nei confronti dello Stato di riferimento, da un altro Organo, a ciò preposto, ossia il Consiglio Europeo, formato dai capi di Stato e di Governo degli Stati Membri.

La Commissione nel 2014 ha formulato otto raccomandazioni specifiche per aiutare l'Italia a migliorare le sue prestazioni economiche, riguardanti i seguenti settori: finanze pubbliche, fiscalità, efficienza della pubblica amministrazione, settore finanziario, mercato del lavoro e integrazione sociale, istruzione e formazione, concorrenza nel settore dei servizi, industrie di rete.³

Dunque, per meglio sottolineare il fine del Legislatore Europeo sotteso all'attuazione della Strategia Europa 2020, è bene riportare le parole di José Manuel BARROSO, Presidente della Commissione Europea dal 2004 al 2014, il quale, nella premessa al Comunicato della Commissione “*Europa 2020*”, così

³ http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm.

scrive: *“Il 2010 deve segnare un nuovo inizio. Voglio che l'Europa esca rafforzata dalla crisi economica e finanziaria.”*⁴

Sempre nella medesima Comunicazione, a pagina 29, si può leggere che *“Il risanamento di bilancio e la sostenibilità finanziaria a lungo termine non possono prescindere da importanti riforme strutturali, in particolare in materia di pensioni, di sanità, di protezione sociale e di sistemi di istruzione. L'amministrazione pubblica dovrebbe cogliere questa occasione per potenziare l'efficienza e la qualità del servizio. La politica in materia di appalti pubblici deve garantire l'uso più efficace dei fondi pubblici e i mercati degli appalti pubblici devono essere mantenuti aperti a livello di UE.”*

Orbene, è proprio in questa realtà di cambiamenti a livello comunitario che si introduce la direttiva 2014/24/UE che, come anticipato, ha portato modifiche significative nella legislazione nazionale di settore, creando non poche problematiche interpretative che si ripercuotono in pratica nella attuazione delle gare pubbliche, e più precisamente nel loro svolgimento, con ripercussioni sui ricorsi amministrativi i quali, di sicuro, saranno oggetto di crescita esponenziale del contenzioso amministrativo.

⁴COMMISSIONE EUROPEA Bruxelles - 3.3.2010 COM(2010) 2020 – definitivo - COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPA 2020, *“Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”*, in http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm.

Capitolo 1. Il nuovo soccorso istruttorio.

1. Cenni storici e criticità dell'istituto.

Per meglio comprendere l'istituto in oggetto appare opportuno partire dalle basi della normativa che lo disciplina.

Utile, a tal fine, è capire chi sia il soggetto o l'organo al quale la norma affida il compito di porre in essere il dovere di soccorso istruttorio nelle gare ad evidenza pubblica.

Il Codice degli Appalti Pubblici, c.d. “c.a.p.”, D.Lgs. 163/2006, all’art. 10, rubricato “**Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**”, prevede che “1. Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

2. Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

3. In particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice: [...]

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;[...]”.

Sulla base di tale normativa codicistica, pertanto, al responsabile unico del procedimento, c.d. “RUP”, sono affidati i più ampi compiti di vigilare sul corretto svolgimento delle gare di evidenza pubblica.

Anche il Regolamento di attuazione del c.a.p. - Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010 n. 207- prevede delle disposizioni inerenti il ruolo del RUP; nel medesimo D.Lgs. 163/2006, infatti, all’art.5, comma 5,

lett. c) viene sancito che, il Regolamento, “*oltre alle materie per le quali è di volta in volta richiamato, detta le disposizioni di attuazione ed esecuzione del presente codice, quanto a: [...] c) competenze del responsabile del procedimento e sanzioni previste a suo carico*”.

Agli artt. 9 e 10, del citato Regolamento, infatti, dopo una dettagliata descrizione della figura del RUP, al comma 1, lett. a) dell’art. 10, è previsto che, il responsabile del procedimento, tra le varie funzioni a lui assegnategli dalla normativa, “*promuove e sovrintende agli accertamenti ed alle indagini preliminari idonei a consentire la **verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa degli interventi***”.

A tal punto, elencati gli articoli di riferimento, è bene ricordare che, la figura del responsabile unico del procedimento, nel settore degli appalti pubblici, non è mai stata oggetto di una copiosa dottrina, atteso che sovente si è intesi parlare di tale figura con un semplice rimando alla disciplina di carattere generale prevista dalla legge sul procedimento amministrativo, l. 241/1990, dagli artt. 4 e ss..

Ad una prima lettura della normativa codicistica e regolamentare, invero, sembrerebbe che il Legislatore si sia limitato a riprendere la disciplina prevista dalla l. 241/1990, inserendola nella procedura ad evidenza pubblica degli Appalti.

In realtà, anche se nel c.a.p., all’art. 2, comma 3,⁵ vi è un rimando espresso alla legge 241/90, ciò “*rischia, tuttavia, di trascurare gli importanti elementi di originalità che invece connotano la figura e il ruolo del responsabile unico del procedimento nel settore dei contratti pubblici*”⁶, e che lo differenziano da un “*comune*”

⁵ Art. 2, comma 3, D.Lgs. 163/2006, “*3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni.*”

⁶ Roberto Giovagnoli, “*il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo.*”, in www.giustamm.it, 2012.

responsabile del procedimento annoverato nella legge sul procedimento amministrativo.

Il RUP, all'interno del c.a.p., come già evidenziato, è un soggetto che si va a collocare in un procedimento ad evidenza pubblica, c.d. “*concorsuale*”, la quale procedura, come tale, è sottoposta ad una disciplina apposita di gara, c.d. *lex specialis* (composta dal bando di gara e dal disciplinare), che per la sua natura pubblica deve tendere al rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti, nonché dei principi più specifici a questo collegati (autoresponsabilità, prescrizioni della *lex specialis* a pena di esclusione, economicità, efficacia e tempestività delle procedure, divieto di aggravamento, proporzionalità, semplificazione, leale collaborazione, massima partecipazione).

La *lex specialis* contiene un'esposizione dettagliata dei criteri di svolgimento della gara, cause di esclusione, modalità di aggiudicazione e di redazione dei lavori, e tale legge va ad integrare la normativa di settore formata, come detto, dal D.Lgs. 163/2006 e dal D.P.R. 207/2010.

Importante differenza, meritevole di attenzione, è rappresentata dal fatto che il responsabile del procedimento, di cui alla l. 241/1990, muta per ogni fase del procedimento amministrativo, che porterà all'emanazione di un determinato provvedimento da parte della p.A.. Il RUP, di cui all'art. 10 del Codice degli Appalti Pubblici invece, per una questione di accelerazione del procedimento ad evidenza pubblica, volto alla stipulazione di un contratto pubblico, parla di “*unicità*” del responsabile, il quale accompagnerà le varie fasi della gara, sino alla stipulazione del contratto (progettazione, affidamento ed esecuzione).⁷

Guardando in particolar modo all'istituto del soccorso istruttorio inoltre, la legge 241/1990, all'art. 6 lett.b), rubricato “*Compiti del responsabile del*

⁷ Art. 10 comma 1, D.Lgs. 163/2006: “Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.”

procedimento”, prevede che lo stesso “*accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*”.

A tal punto, risulta doveroso porsi una domanda e vale a dire, quale sia il campo di applicazione del c.d. “*dovere di soccorso*”, cristallizzato nella l. 241/90, nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica, e quali siano i limiti, se esistono, di applicazione della stessa, ponendo come presupposto che è proprio la legge sul procedimento amministrativo a disciplinare in maniera generale, ma pur sempre dettagliata, tale figura.

Quando si guarda all'istituto del soccorso istruttorio, nella l. 241/1990, infatti, si è soliti parlare di un precetto in base al quale, l'Amministrazione si trova a dover dar seguito, attraverso la posta in essere del principio di obbligo di collaborazione, al soccorso nei confronti di un privato, ogniqualevolta questi, presentando un'istanza alla stessa, la presenti carente, errata, o irregolare, sotto taluni elementi essenziali.

Se provassimo a trasportare tale principio generale nel settore della gare ad evidenza pubblica, l'istituto del soccorso istruttorio, così definito, potrebbe essere applicato solo qualora gli atti tempestivamente prodotti dal concorrente contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione atteso che, se così non fosse, si andrebbe a ledere non solo il principio del rispetto della *par condicio* (il quale viene violato nel momento in cui l'utilizzazione integrativa abbia come oggetto l'inosservanza di adempimenti procedurali significativi), bensì anche del c.d. “*limite degli elementi essenziali*”

(atteso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda).⁸

Il Consiglio di Stato, infatti ha più volte affermato che “*Il dovere di soccorso istruttorio previsto all’art. 6, lett. b), l. n. 241 del 1990, e il generale favore per la partecipazione, trovano infatti un limite insuperabile nell’esigenza di garantire la “par condicio” dei candidati.*”

Prima della novella introdotta con la l. 114/2014, secondo un filone giurisprudenziale e dottrinario, si riteneva infatti che, il c.d. “*dovere di soccorso*”, inteso quale obbligo dell’acquisizione d’ufficio di fatti, stati e qualità, applicato ad ogni mancanza di elementi essenziali, avrebbe alterato il principio di *par condicio*, incidendo sul divieto di disapplicazione della *lex specialis*, contenuta nel bando e nel disciplinare di gara, così andando a ledere i più ampi principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza della p.A..

E’ doveroso, a tal punto, rilevare la differenza tra la “mera regolarizzazione documentale” e “l’integrazione documentale” vera a propria.

Prima della novella del 2014, l’applicazione dell’una o dell’altra figura rappresentava una possibilità, in capo alla p.A., di attuare il principio del c.d. “*bilanciamento degli interessi*”, in cui da una parte vi era il dovere di provvedere alla regolarizzazione della documentazione prodotta dall’operatore economico, e dall’altra il non ledere la *par condicio* dei concorrenti. Tra i due interessi in gioco, la p.A. mai avrebbe potuto provvedere alla regolarizzazione laddove la stessa avrebbe condotto ad una violazione del principio della parità di trattamento dei concorrenti.

Giurisprudenza *pre-riforma* maggioritaria e costante, infatti, riteneva che l’integrazione da parte della p.A., in tema di soccorso istruttorio, non fosse

⁸ Decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248 “*È, infatti, indubbio che il principio di “par condicio” risulterebbe violato se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducevano in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando all’inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione.*”

consentita nel caso in cui la stessa si fosse concretizzata in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento dei concorrenti; era consentita, invece, la mera regolarizzazione, atteso che la stessa era inerente alle sole circostanze o agli elementi estrinseci al contenuto della documentazione, cui è tenuta l'amministrazione in virtù del principio generale desumibile dall'art. 6 comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990.

La cospicua giurisprudenza amministrativista, avente ad oggetto le esclusioni dalla gare ad evidenza pubblica, aveva indotto il Legislatore ad attuare un doveroso intervento in tema di cause di esclusione dalle gare pubbliche, atteso che le stazioni appaltanti, basandosi sul presupposto che non ci fosse una specifica disciplina sul tema, attraverso la *lex specialis*, continuavano ad escludere i concorrenti dalle gare per mere irregolarità.

Con l'emanazione del d.l. n. 70 del 2011, "*Decreto Sviluppo*", convertito in legge il 12 luglio 2011, n.106, veniva introdotto il **comma 1-bis all'articolo 46 del Codice degli Appalti Pubblici**, il quale mutava la sua rubrica in "*Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione.*", ed il **comma 2-bis, dell'art. 74, "Forma e contenuto delle offerte"**, del medesimo Codice.

Con la prima novità, comma 1-bis dell'art. 46, venivano introdotte le cause tassative di esclusione dalla gara, consistenti nel "*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.*"

Al comma 2-*bis* dell'art. 74, invece, il Legislatore inseriva l'utilizzo dei moduli di dichiarazione sostitutiva.⁹

Secondo alcuni autorevoli Autori, l'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 46 avrebbe posto un freno alle c.d. “*clausole trabocchetto*”, ossia quelle clausole inserite nel bando di gara che comminavano la pena dell'esclusione per cause prive di una certa base normativa, o di adeguata *ratio* giustificatrice.¹⁰

*“Le novità introdotte dalla novella del 2011 non devono, tuttavia, essere enfatizzate. Se è vero, per un verso, che il legislatore ha introdotto il comma 1-bis all'articolo 46 Codice Contratti rendendo esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del "soccorso" e riducendo le ipotesi di esclusione dalla gara, per altro verso, come la giurisprudenza ha già evidenziato, non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della par condicio.”*¹¹

A conferma di ciò, infatti, vi è la **decisione del Consiglio di Stato, n.1471 del 16 marzo 2012**, con la quale, in tema di “*falso innocuo*”, l'Organo di massimo consesso affermava che, tale istituto non potesse essere applicato nelle gare ad evidenza pubblica, atteso che il “*falso*” viene definito “*innocuo*” solo quando nemmeno in parte incide sugli interessi tutelati, ed asseriva inoltre che, in tema di appalti, la “*completezza delle dichiarazioni già di per sé costituisce un valore da perseguire perché consente, anche in coerenza con il principio di buon andamento*

⁹ comma 2-bis dell'art. 74 del D.Lgs. 163/2006: “2-bis. *Le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.*”

¹⁰ F. Cataldo, Art. 64 Bando di Gara, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), Codice degli Appalti Pubblici, Roma, 2013, 940 e ss..

¹¹ Roberto Giovagnoli, “*il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo.*”, in www.giustamm.it, 2012

dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara"¹².

Nonostante la novella del 2011, pertanto, alcune incompletezze o falsità, non impedivano alle stazioni appaltanti di escludere gli operatori economici dalla gara ad evidenza pubblica, con la conseguente non applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio.

Con il passare degli anni, attraverso una copiosa giurisprudenza, si è giunti alla **decisione n. 9 del 2014, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato**, la quale ha chiarito che la norma di cui all'art. 46 del c.a.p. includeva nel suo dettato normativo, due tipologie di cause di esclusione, una di carattere generale, e l'altra di carattere speciale.

Le prime erano attinenti ad un semplice rinvio al mancato adempimento, da parte degli operatori economici, delle prescrizioni generalmente previste dalla normativa di riferimento, consistente nel dettato del Codice dei Contratti, del Regolamento attuativo del Codice stesso e dalle *"altre disposizioni vigenti"*.

Del secondo *genus*, invece, facevano parte le vere e proprie cause tassative di esclusione, più specifiche rispetto alle prime, e che sono state tassativamente elencate dall'Adunanza Plenaria sopra citata, la quale, come si vedrà in seguito, nel paragrafo apposito di questo elaborato, muove la sua analisi da una clausola *"aperta"*, consistente nell'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

Questo è lo scenario dell'istituto fino alla riforma del 2014, una disciplina con la quale il Legislatore, attraverso la novella del 2011, ha tentato di assicurare la massima partecipazione alle gare pubbliche, evitando che queste

¹² Decisione del Consiglio di Stato, Sezione III, 16 marzo 2012, n. 1471 *"una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o non di partecipare alla procedura competitiva"*.

venissero alterate attraverso l'esclusione, a fronte di carenze meramente formali della documentazione presentata dagli operatori economici, e comprovante il possesso dei requisiti prescritti dalla normativa di settore; una normativa, pertanto, in cui non si potesse porre rimedio esclusivamente alla totale omissione di presentazione della documentazione, e dove, escluso il caso appena citato, prevalesse il principio della "sostanza sulla forma" e, come unico limite, quello di non ledere, attraverso il soccorso istruttorio, la parità di trattamento dei concorrenti.

Come già ampiamente descritto nell'introduzione, il tema degli appalti pubblici rappresenta uno dei nodi fondamentali della strategia Europa 2020, atteso che esso viene considerato uno degli strumenti, basati sul mercato, necessari per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, garantendo, allo stesso tempo, l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici¹³

Ed è proprio in tale ottica che, in tema di appalti pubblici, l'Unione Europea, ha emanato le tre Direttive del 2014 - **2014/23/UE**, **2014/24/UE**, **2014/25/UE** -, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (G.U.U.E.), n. L/94, in data 28/3/2014, ed entrate in vigore il 17/4/2014, con obbligo di recepimento entro il 18/4/2016, salve eccezioni previste dalle stesse Direttive (per esempio vedasi l'art. 90 della Direttiva 2014/24/UE¹⁴.)

¹³ **DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE**, in http://www.bosettiegatti.eu/o_normellpp.htm, Considerando (2) "Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici".

¹⁴ **Articolo 90 Direttiva Appalti: "Recepimento e disposizioni transitorie"**

"1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni

2. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, fino al 18 ottobre 2018, eccettuati i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è

Il Parlamento Europeo di Strasburgo, infatti, nella seduta plenaria dell' 11/2/2014, con la sua approvazione definitiva, ha dato vita alla **Direttiva 2014/23/UE**, in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, alla **Direttiva 2014/24/UE**, sugli appalti pubblici - settori ordinari - e che abroga la Direttiva 2004/18/CE, la quale viene "rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale."¹⁵, nonché la **Direttiva 2014/25/UE – settori speciali**, c.d. "Utilities", inerente le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, energia, trasporti e servizi postali, e che abroga la Direttiva 2004/17/CE.

obbligatorio ai sensi degli articoli 34, 35 o 36, dell'articolo 37, paragrafo 3, dell'articolo 51, paragrafo 2, o dell'articolo 53.

In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, per le centrali di committenza fino al 18 aprile 2017.

Se uno Stato membro decide di rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, tale Stato membro garantisce che le amministrazioni aggiudicatrici possano scegliere tra i mezzi di comunicazione seguenti per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni:

- a) mezzi elettronici conformemente all'articolo 22;*
- b) posta o altro idoneo supporto;*
- c) fax;*
- d) una combinazione di questi mezzi.*

3. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 59, paragrafo 2, secondo comma, fino al 18 aprile 2018.

4. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 59, paragrafo 5, secondo comma, fino al 18 ottobre 2018.

5. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 61, paragrafo 2, fino al 18 ottobre 2018.

6. Le disposizioni di cui ai paragrafi da 1 a 5 adottate dagli Stati membri contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di tale riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono stabilite dagli Stati membri.

7. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni fondamentali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva."

¹⁵ **DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE**, in http://www.bosettiegatti.eu/o_normellpp.htm, Considerando (2), seconda parte.

Orbene, ai fini dell'elaborato, ciò che a noi preme tenere in considerazione delle tre Direttive sopra elencate è quella 2014/24/UE, inerente il settore ordinario degli appalti.

La suddetta, avendo come compito quello di ampliare la direttiva 2004/18/CE, non poteva che aprirsi con un articolo in cui viene esplicitato cosa il Legislatore europeo intendesse per “*Appalto*”.

E dunque all'articolo 1 si legge che, “*Ai sensi della presente direttiva si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici **acquisiscono**, mediante appalto pubblico, **lavori, forniture o servizi** da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno.”*

Oggetto di appalto pertanto, viene rappresentato dall’ “*acquisizione*” , da parte dalla Pubblica Amministrazione, di lavori, forniture o servizi, offerti dagli operatori economici.

È bene chiedersi cosa il Legislatore abbia voluto indicare con il termine “*acquisizione*”, e la risposta a tale quesito la si scorge nei “*considerando*” della stessa Direttiva, in cui viene esplicitato che tale nozione deve “*essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione senza che sia necessariamente richiesto un trasferimento di proprietà.*”¹⁶

Dopo questo doveroso *excursus* sulla definizione di appalto, si può quindi procedere all'analisi della normativa che ha portato il Legislatore italiano ad emanare le novelle sull'istituto oggetto dell'elaborato.

Il soccorso istruttorio viene annoverato nella “*Sezione 3*” della Direttiva 2014/24/UE, rubricata “*Selezione dei partecipanti ed aggiudicazione degli appalti*”.

¹⁶ **DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE**, in http://www.bosettiegatti.eu/o_normellpp.htm, Considerando (4), secondo paragrafo, prima parte.

In particolare, **all'art. 56**, figura, per la prima volta, la possibilità, in capo alla amministrazioni aggiudicatrici, di applicare, in favore degli operatori economici interessati, l'istituto del soccorso istruttorio per la "**manca***za di documenti specifici*", "**salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva**", a condizione che, l'operatore economico, che fruisce di tale possibilità, presenti, integri, chiarisca o completi l'integrazione, entro un termine adeguato, nonché con il presupposto che tutto ciò avvenga nel pieno rispetto dei principi di *par condicio* e di trasparenza.¹⁷

Come anzidetto, il limite per il recepimento della Direttiva è stato individuato nel 18 aprile 2016 (salve eccezioni espressamente previste – vedi nota n. 14 per la direttiva appalti), ed è proprio al fine del recepimento della Direttiva *de qua*, che il Legislatore italiano ha emanato il Decreto Legge n. 90 del 2014, poi trasformato nella legge 114/2014.

Tra le tante novità introdotte da questa legge - tra cui si annoverano, all'art. 19, la sospensione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (ex Avcp, oggi ANAC), all'art. 29, le norme in tema di formazione dell'elenco dei fornitori non soggetti a tentativi di infiltrazioni mafiose, le c.d. "*White List*", all'art. 32, le misure straordinarie per le imprese al fine di prevenire la corruzione, agli artt. 40 e 41, le norme processuali al fine della previsione dell'accelerazione dei giudizi aventi ad oggetto la materia degli appalti-, meritevole di attenzione è **l'art. 39**, sulla semplificazione degli oneri formali nella partecipazione alle gare, incentrato sulle cause di ammissione ed esclusione, tassative o meno, dalla procedure ad evidenza pubblica, nonché sulla possibilità o meno dell'applicazione dell'istituto del c.d. soccorso istruttorio.

¹⁷ **Articolo 56, numero 3, della Direttiva Appalti:** "*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.*"

L'art. 39 della legge 114/2014, che rientra tra gli articoli del d.l. 90/2014 che non sono stati alterati dalla legge di conversione *de qua*, va ad incidere sulla normativa, prevista dal c.a.p. all'art. 38, "*requisiti di ordine generale*", ed all'art. 46, "*documenti e informazioni complementari – cause tassative di esclusione*", "*al fine di depotenziare i vizi formali nelle gare*" (De Nictolis).

Come successivamente si vedrà nel dettaglio, le criticità che emergono dai primi due commi dell'art. 39 l. 114/2014, attengono alle irregolarità essenziali, mancanze e incompletezze 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 -, nonché alle irregolarità non essenziali.

Tra queste, solo le ultime non sono soggette alla regolarizzazione, cosa che invece è prevista, entro un termine deciso dalla stazione appaltante non superiore a dieci giorni, per le altre irregolarità, mancanze ed incompletezze, alle quali si potrà porre rimedio mediante il pagamento di una sanzione pecuniaria - indicata in generale nella normativa, ed in particolare nel bando di gara-, previo deposito di una cauzione a garanzia del suo pagamento.

Avendo già abbondantemente descritto lo scenario normativo all'interno del quale si va ad impiantare la novella introdotta con la legge 114/2014, appare fuori di dubbio che la vera e propria *news* normativa sia la "*mancanza degli elementi e dei documenti essenziali*", atteso che mai finora era stata prevista dalla norma l'applicazione del soccorso istruttorio in assenza di documentazione e di elementi essenziali, senza che ciò potesse ledere i principi posti a fondamento delle gare ad evidenza pubblica, ed in particolare il principio di parità di trattamento.

In realtà, tale novità legislativa potrebbe indurre a pensare che in sostanza, mediante l'introduzione del comma *2-bis* dell'art. 38 c.a.p, sia stato mutato tutto l'ambito di applicazione dell'articolo 46 c.a.p., circa le cause tassative di esclusione, mentre, a parere della scrivente, ciò non è accaduto.

Il tutto coincide, infatti, solamente con la cristallizzazione, all'interno della normativa *de qua*, di un principio che in realtà è stato più volte rilevato dalla giurisprudenza, ossia il prevalere della sostanza sulla forma, anche se entro certi limiti ben definiti.

Criticità importante, da tenere in considerazione, attiene alle modalità ed ai tempi di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio; per meglio intenderci, è bene comprendere quali siano le più idonee modalità attraverso le quali porre in essere la disciplina, da parte delle stazioni appaltanti, senza creare un *vulnus* alla *par condicio*, alla tempistica delle procedure di gara, ed alla trasparenza amministrativa, e se si debba applicare il detto istituto a tutte le irregolarità, comprese quelle inerenti l'offerta di gara.

Altro punto critico è cercare di comprendere i limiti entro i quali possa essere escussa la cauzione provvisoria a fronte del pagamento della sanzione pecuniaria per dar seguito al dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, se questo sia veramente visto come deterrente alla presentazione di domande incomplete, nonché quale sia la posizione della p.A. in tale fase del procedimento, e se questo sia in perfetta armonia con i principi europei di accelerazione del processo amministrativo previsti dalla normativa di riferimento.

2. Analisi della novella introdotta con l'art. 39 della legge n. 114/2014:

Come già ampiamente illustrato nel paragrafo precedente, attraverso l'art. 39 della l. 114/2014, rubricato "*semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*", si è giunti all'introduzione dei commi 2-*bis* dell'art. 38 e 1-*ter* dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.

Attraverso un'attenta lettura della normativa nella quale vanno ad inserirsi i due commi anzidetti, ben si può notare che, sebbene con un tratto di penna sia stata applicata una rivoluzione copernicana circa l'approccio delle stazioni appaltanti ai documenti presentati dagli operatori economici, è pur vero che non molto è stato mutato in tema di cause tassative di esclusione.

Il comma 1-*bis* dell'art. 46 del c.a.p., invero, introdotto con il Decreto Sviluppo del 2011, non è stato alterato dalla novella del 2014, ma mitigato dall'introduzione di un principio di fondo consistente nella nuova possibilità di applicare il soccorso istruttorio anche in caso di vera e propria “*mancaanza*” di documenti o di elementi essenziali, applicando un drastico giro di vite attorno alle cause tassative di esclusione le quali, sebbene non siano state oggetto di riforma, hanno subito indirettamente la scelta del Legislatore.

Ciò appare in perfetta armonia con le volontà dell'UE che, al fine di garantire una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, del settore economico dell'Europa Unita, tende a limitare la “*caccia all'errore*”¹⁸ all'interno del campo degli appalti pubblici, ambito in cui vuole garantire una partecipazione quanto più ampia possibile degli operatori economici, così trasformando il “*favor participationis*” in “*ius admittendi*”.

Anche nella giurisprudenza autoctona *pre-riforma* vi era una tendenza ad evitare la “*caccia all'errore*”, la quale ripresa nel 2013 dal TAR Catania, Sez. III, sentenza del 7 novembre 2013, n. 2684, già era stata affermata nel 2001, dal TAR Lazio, Sez. I- *bis*, 9 maggio 2001, n. 3991,¹⁹ con cui veniva asserito che “la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato, non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto”

¹⁸ Centro studi ASMEL, “SOCCORSO ISTRUTTORIO: COSA CAMBIA DOPO LA LEGGE N.114/2014 . *Vademecum per le commissioni di gara, applicazione della Sanzione e Cauzione provvisoria*”, in www.asmeccomm.it.

¹⁹ Codice dell'Appalto Pubblico, a cura di S. Baccharini, G. Chinè, R. Proietti, con il coordinamento di Daniele Dongiovanni – Diego Sabatino, Giuffrè Editore, 01/2011, art. 46, pag. 571.

dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici, e applicando i principi espressi dall'ordinamento volti a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese, ed a **riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali e formali solo in quanto questo impedisce il perseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta** [...] atteso che la gara deve guardare più alla qualità della dichiarazione che non all'esclusiva correttezza della sua esternazione."

A tal punto, è bene procedere all'analisi della normativa per gradi, iniziando dai requisiti per la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, per poi passare ad analizzare le cause di esclusione, mediante un'attenta lettura dei commi introdotti con la l. 114/2014.

2.1. i requisiti di partecipazione;

Per poter partecipare ad una gara ad evidenza pubblica, è necessario che gli operatori economici siano forniti di alcuni requisiti indispensabili per la stipula di un contratto con una pubblica Amministrazione, qualità che rispecchino i più alti principi amministrativi, e che ben si possono ricondurre a quelli di correttezza, lealtà e buona fede.

Che il dovere di soccorso istruttorio fosse già presente a livello generale nella legge sulla trasparenza l. 241/1990 è stato già detto, ciò che invece non è ancora stato trattato è l'introduzione del detto istituto all'interno della materia degli appalti nella **Direttiva 2004/18/CE** e più precisamente **all'art. 51**, poi recepito nella legislazione italiana con il D.Lgs. 163/2006, odierno Codice degli Appalti.

Con il recepimento dell'art. 51 Direttiva 2004/18/CE (inerente l'integrazione ed il chiarimento di certificati e documenti, di cui agli artt. 45 – 50 della medesima direttiva, presentati dagli operatori economici alle gare pubbliche), l'art. 46 del c.a.p., al primo comma prevede 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.”

Orbene, agli artt. 38 – 45 c.a.p., il Legislatore elenca gli elementi che i candidati devono presentare per poter accedere alle gare pubbliche, e tra questi si annoverano i requisiti generali (art. 38), i requisiti di idoneità professionale (art.39), la qualificazione per eseguire i lavori pubblici (art.40), capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 41), capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 42), norme di garanzia della qualità (art. 43), norme di gestione ambientale (art. 44), elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi (art. 45). Spetterà poi alle stazioni appaltanti decidere quali tra questi elementi risultano i più idonei, ed in quale misura, applicando la normativa al caso concreto, ed adattando la stessa alle esigenze della p.A..

L’ultima parte del secondo comma dell’art. 46, introdotto con la legge 106/2011, inoltre prevede che, *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione”*; qualora, pertanto, avvenga che un bando preveda ulteriori elementi rispetto alla normativa di cui agli artt. 38 – 45, ciò non potrà portare l’esclusione dell’operatore economico dalla gara, in caso di assenza di detti requisiti, atteso che la normativa espressamente prevede che *“dette prescrizioni”* saranno *“comunque nulle”*.

La norma, pertanto, prevede una specie di schema-tipo di comportamento iniziale delle gare, al quale devono uniformarsi le stazioni appaltanti e gli operatori economici, consistente in un onere, posto a carico dei secondi, di possedere e dimostrare l’esistenza dei requisiti richiesti dal bando o dalla lettere d’invito, nonché il compito, in capo alle prime, di controllo dei certificati, documenti e dichiarazioni, con eventuali richieste di invito per chiarirne o completarne i contenuti, con conseguenziale onere dei concorrenti di adeguarsi a quanto richiesto dalle stazioni appaltanti, evitando in tal modo

l'esclusione per mancato adempimento all'invito di cui all'art. 46, comma 1, citato.²⁰

Prima della novella del 2014, qualora il concorrente non avesse presentato un documento previsto dal bando o dall'invito, pur ammettendo la veridicità del possesso del requisito di cui quel documento ne avrebbe dimostrato l'esistenza, ne era prevista l'esclusione, ai sensi dell'art. 46, atteso che la legge non prevedeva la possibilità di soccorso in tali circostanze, e neppure la successiva presentazione del documento richiesto.

Le uniche due possibilità di soccorso erano rappresentate esclusivamente dai chiarimenti e dalle integrazioni, richiesti dalla p.A., circa la documentazione già presentata dall'operatore economico, e **non per documenti totalmente mancanti**.

Tale possibilità, invece, è stata statuita dapprima dalla giurisprudenza amministrativa e successivamente dalla cristallizzazione di tale potere nella norma introdotta nel 2014 ai commi 2- bis dell'art. 38 e 1-ter dell'art. 46 c.a.p.

Nonostante l'impossibilità normativa, vi è stata una diatriba giurisprudenziale sul tema che, in virtù dei silenzi normativi e delle imprecisioni della norma, è sfociata in alcune decisioni dell'Adunanza Plenaria pre-riforma 2014, le quali hanno comunque ammesso la possibilità della produzione, sotto invito della p.A., dei documenti mancanti nella documentazione di gara prodotta dai concorrenti, qualora a fondamento della mancanza vi fosse una qualche causa giustificatrice. Tutto ciò era limpidamente posto in essere in totale spregio alla legge, ma da questa pur sempre giustificata, atteso che in virtù dell'art. 99 del D.Lgs. 104/2014, Codice del Processo Amministrativo, viene prevista la possibilità in capo all'Adunanza Plenaria di emanare principi di

²⁰ Ezio Maria Barbieri: "Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche", in "Rivista trimestrale degli appalti", anno 2014, fascicolo 2, pagg. 360 – 370.

diritto nel caso di incertezze della normativa, principi ai quali ci si deve obbligatoriamente uniformare.

Prima della riforma del 2014, invero, le decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2012, n. 21/2012, e n. 23/2013, in tema di carezza di documentazione sui requisiti soggettivi, hanno affermato che, nel caso in cui una **clausola del bando, in ordine ai requisiti di cui al D.Lgs. 163/2006, sia **silente circa l'espressa sanzione della esclusione, o imprecisa, o confusa**, la stazione appaltante è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio a favore del concorrente, affermando, inoltre, che **l'esclusione potrebbe essere applicata solo in caso di totale mancanza del requisito sostanziale**.**

Appare, a parere della scrivente, del tutto evidente che la giurisprudenza abbia trovato un *escamotage* alla lacuna normativa in quanto, non essendo la disciplina di cui **all'art. 46, pre riforma 2014**, abbastanza dettagliata, ha fatto sì che il dettato normativo sia stato inteso più come **clausola generale** che come un elenco dettagliato delle cause tassative di esclusione dalle gare ad evidenza pubblica.

Proprio per questo assunto sembra che l'Adunanza Plenaria abbia posto a fondamento delle sue decisioni il più ampio principio generale di correttezza e buona fede, riconducibile al principio di dovere di soccorso istruttorio di cui all'art. 6, lett. b) della l. 241/1990, dove è previsto che, in risposta all'invito della p.A., siano gli interessati a dimostrare per iscritto l'esistenza dei documenti mancanti.²¹

Pertanto, dato per certo che le tre decisioni, di orientamento costante, sono state emanate per gare ad evidenza pubblica bandite prima della riforma del 2011, ben si può ritenere che **l'Organo di Supremo Consesso amministrativo abbia voluto elevare a regola generale il principio**

appena esposto, qualora la legge risulti silente, non dettagliata o poco chiara, già prima che venisse introdotto il comma 1-*bis* all'art. 46 c.a.p. circa la cause tassative di esclusione.

Ciò sta a significare che, a prescindere dall'introduzione della novella del 2014, fermo restando il principio di *par condicio* e trasparenza, applicati attraverso i limiti anzidetti, nelle modalità e nel divieto della stazione appaltante di colmare con proprie indagini gli elementi mancanti della documentazione presentata dall'operatore economico, la p.A. dovrebbe sempre concedere l'applicazione del soccorso istruttorio, spettando poi al concorrente l'onere di presentazione della documentazione richiesta, pena l'esclusione dalla gara.

2.2. il comma 1- bis dell'art. 46 D.Lgs. 163/2006;

Prima di analizzare il dettato normativo dell'art. 39 della l. 114/2014, è bene guardare con attenzione cosa il Legislatore intenda per “*cause tassative di esclusione*”, di cui all'articolo 46, comma 1-*bis*, del c.a.p..

Orbene, il detto articolo prevede, in capo alla stazione appaltante, il **dovere di escludere** “*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”.*

²¹ Conforme: Ezio Maria Barbieri: “*Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche*”, cit.

Il dovere di esclusione, prima della riforma del 2014, si poteva desumere dal fatto che il verbo “*escludere*”, utilizzato nella norma, fosse stato coniugato volontariamente **all’indicativo presente**, e come tale sintomatico dell’obbligatorietà dell’azione.

In tale clima di rigorismo formale, veniva, così, ampliata l’opportunità in capo alle stazioni appaltanti, di escludere un operatore economico qualora questo non fosse corrispondente ai requisiti richiesti dalla *lex specialis*, a condizione che, come detto nel paragrafo precedente, questa fosse perfettamente scritta, ovverosia senza lasciare libertà di spazio alcuna ai lettori della legge di gara ad interpretazioni poco chiare, imprecise e confuse e, pertanto, la normativa speciale, giocoforza, non doveva essere silente sotto l’aspetto dei requisiti richiesti, ma al contrario precisa, chiara e dettagliata.

Appare opportuno ricordare che, a sostegno di questa tesi, vi è anche un filone giurisprudenziale il quale sostiene che “*nelle gare d’appalto, il rigore formalistico cede in presenza di una scusabilità dell’errore riconducibile a formulazioni di atti di gara che possono indurre dubbi interpretativi, tanto più che vige oggi la regola della tassatività delle clausole di esclusione, di cui all’art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti, che s’ispira ad un criterio sostanzialistico e riafferma il favor participationis*”.²²

La necessità dell’accuratezza della *lex specialis* stava, e sta tuttora, a sottolineare la fase pubblicistica **dell’attività contrattuale della Pubblica Amministrazione** la quale, come è a tutti noto, dato il dettato normativo di cui all’art. 2, cc. 3 e 4, c.a.p., si classifica quale attività **c.d. “bifasica”**²³, di cui

²² Consiglio di Stato, sez. III, 12 aprile 2013, n. 2006; conformi: Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507; Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093. In tali sentenze si rileva, in particolar modo, che non solo il bando deve essere chiaro e non deve lasciare libertà di interpretazioni, ma tali qualità devono persistere anche nella modulistica predisposta dalla p.A. appaltante.

²³ F. Armenante, “*La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara*”, in “Amministrativamente”, “*Rivista di diritto amministrativo*”, pubblicata in internet all’indirizzo www.amministrativamente.com, diretta da G. Terracciano, P. Bontadini, S. Toschei, M. Orefice e D. Mutino, fascicolo n.9/2014.

la prima, quella inerente al bando di gara ed all'aggiudicazione dell'appalto, consiste in una fase pubblicistica - la quale si deve uniformare ai principi dettati dalla norma "*principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*"²⁴ -, e la seconda prettamente privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale.

La prima di queste due fasi, che è quella nella quale va ad incastrarsi l'istituto del soccorso istruttorio, deve ispirarsi alle norme dettate dalla l. 241/1990 sulla trasparenza amministrativa, mentre la seconda, contrattualistica, si svolge "*altresì*" nel rispetto delle norme del codice civile.

Prima dell'entrata in vigore del comma 2-*bis* dell'art. 38 c.a.p., le cause tassative di esclusione erano quelle che rientravano nell'alveo delle *species* elencate nell'art. 46 del medesimo Codice.

Le cause di esclusione, pertanto, che si applicavano tanto ai settori ordinari quanto ai settori speciali²⁵, ben potevano essere racchiuse in quattro categorie, consistenti nel:

- mancato adempimento delle prescrizioni di legge;
- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta;
- difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, ovvero altre irregolarità inerenti la chiusura dei plichi, tali da far ritenere che sia stato leso concretamente il principio di segretezza delle offerte.

²⁴ Art. 2 comma 1 c.a.p..

²⁵ Questo secondo l'espressa previsione di legge di cui all'art. 206, comma 1, Codice dei Contratti Pubblici., a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 4, co. 2, del decreto legge n. 70/2011.

Con l'introduzione dell'art. 39 l. 114/2014, ad una prima lettura, sembrerebbe che la classificazione delle cause tassative di esclusione, previste dall'art. 46 comma 1-*bis*, sia stata mutata dall'introduzione del disposto normativo, di cui al comma 2-*bis* citato, circa le “*irregolarità*”, “*essenziali*” o “*non essenziali*”, degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive. Ciò, a parere della scrivente, non è accaduto e, a riprova di questo, vi è l'evidente volontà del Legislatore di lasciare inalterati i primi due commi dell'art. 46 c.a.p..

Unica cosa che sembra mutata in tema di soccorso istruttorio, infatti, è la mera possibilità, in capo alla stazione appaltante, di indicare ai concorrenti quali siano gli elementi o i documenti mancanti o incompleti o recanti ogni altra irregolarità essenziale, ostativi alla prosecuzione della gara, nel caso in cui non si addivenga alla regolarizzazione, previo invito della stazione appaltante.

Per comprendere cosa il Legislatore abbia voluto intendere con “*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive*”, di cui al comma 2-*bis* dell'art. 38 c.a.p., pertanto, si deve necessariamente guardare alle cause tassative elencate dall'articolo 46, modificato dal Decreto Sviluppo del 2011 e *pre-riforma* 2014.

A chiarire l'interpretazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, è intervenuta **l'Adunanza Plenaria con decisione n. 9 del 25 febbraio 2014**, la quale ha affermato che il soccorso istruttorio, disciplinato dal dettato normativo *de quo*, non consente la produzione tardiva del documento o delle dichiarazioni mancanti o la sanatoria della forma omessa, nel caso in cui, tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal D.Lgs. 163/2006, D.P.R. 207/2010 nonché dalle leggi statali.

Il potere di soccorso, pertanto, secondo la Plenaria, si sostanziava “*unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni*”

*di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti*²⁶, dove con “*requisiti soggettivi di partecipazione*” ci si riferisce a tutti quei requisiti che i soggetti che intendono stipulare contratti pubblici devono necessariamente possedere, e che possono essere sia di ordine morale (c.d. requisiti di ordine generale) che di carattere speciale (requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali).

Per gli alti principi perseguiti dalla Pubblica Amministrazione infatti, il confronto competitivo, tra gli operatori economici, deve ineluttabilmente avvenire tra concorrenti che presentino sufficienti garanzie di serietà e affidabilità da un punto di vista morale, nonché di capacità di eseguire l'appalto oggetto di gara.

La stazione appaltante, dunque, nella redazione del bando di gara e nelle operazioni di selezione che porteranno all'aggiudicazione, non può non tener conto dei requisiti specifici, qualificati come di ordine generale – atteso che, sono validi sia per all'affidamento delle concessioni (sia di lavori pubblici che di servizi) e per gli appalti pubblici (di lavori, servizi e forniture), indipendentemente dal loro valore, e dal settore di riferimento (sia esso ordinario o speciale) - attinenti alla onorabilità e moralità professionale, e ciò anche a tutela degli operatori economici i quali, secondo il principio di trasparenza, sono tenuti a verificare a monte la corrispondenza dei propri requisiti con quelli richiesti dalla *lex specialis*, onde evitare errori che potrebbero condurli all'esclusione dalla gara pubblica.

Nonostante il più volte citato principio di trasparenza della p.A., con la consequenziale necessità di chiarezza della normativa di gara, l'Adunanza Plenaria, con la decisione anzidetta n.9/2014, ha tuttavia affermato che il bando di gara non deve necessariamente prevedere la pena dell'esclusione in caso di mancato possesso dei requisiti suddetti in quanto, ai fini della selezione

²⁶ Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2014 n. 2376, conforme: Adunanza Plenaria, decisione n. 9 del 25 febbraio 2014.

degli operatori economici potenzialmente idonei alla stipula del contratto pubblico, ciò che rileva è il reale possesso dei requisiti richiesti direttamente dalla normativa di legge (c.a.p., regolamento e altre leggi statali).

In altri termini, a parere della Plenaria, a nulla rileva l'esistenza o meno della espressa previsione della pena dell'esclusione all'interno del bando di gara, se il requisito mancante è previsto dalle norme imperative, atteso che anche la non esclusione del concorrente risulterebbe un atto *contra legem* posto in essere dalla p.A., per palese violazione della disciplina di riferimento.

Come ribadito dalla recente Adunanza Plenaria n. 9 del 24.2.2014, *“la nuova disposizione (art. 46 codice contratti, quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011) deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus.”*²⁷

L'Adunanza Plenaria ha inoltre affermato che, vi potrebbe essere la pena dell'esclusione anche quando la norma imperativa non la preveda espressamente, bensì la si evinca dal precetto, insito nel dettato normativo, secondo il quale un determinato inadempimento porterebbe ad una pena del *genus* della esclusione.²⁸

Descritto il panorama, normativo e giurisprudenziale, interpretativo delle cause tassative di esclusione *pre-riforma* 2014, ben si può procedere ad analizzare in quale modalità ed entro quali limiti l'art. 39 della l. 114/2014 ne abbia mutato la disciplina.

²⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2014 n. 2376.

2.3. *il comma 2-bis dell'art.38 ed 1-ter dell'art 46 D.Lgs. 163/2006.*

Come sostenuto da numerosi autorevoli Autori, con l'entrata in vigore della l. 114/2014, l'istituto del soccorso istruttorio ha subito una profonda modifica sotto diversi profili tra i quali, *in primis*, figura l'**obbligatorietà** in capo alla stazione appaltante di regolarizzare o integrare la documentazione, prodotta dagli operatori economici in sede di gara, qualora questa risulti mancante, incompleta o presenti ogni altra irregolarità essenziale.

Come già esposto nel paragrafo precedente, a parere della scrivente, l'obbligo di cui sopra **non può essere considerato una novità normativa**, atteso che nel disposto dell'art. 46, comma 1-*bis*, del c.a.p., ciò era già stato previsto a carico della p.A. in forza del verbo volutamente utilizzato dal Legislatore della riforma del 2011 all'indicativo presente - "*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di [...]?*" -.

L'obbligatorietà, infatti, che pare sia stata introdotta come una novità legislativa dal comma 2-*bis* dell'art. 38 c.a.p., la si può qualificare piuttosto quale semplice richiamo, anche se implicito, alla precettistica di cui al comma 1-*bis* dell'art. 46, Codice dei Contratti.

Lo stesso comma 2-*bis*, invero, così recita: "*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***

²⁸Adunanza Plenaria, decisione n.16 del 30 luglio 2014, conformi: Adunanza Plenaria, decisione n. 9 del 25 febbraio 2014 Sentenze del Consiglio di Stato, 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21.

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.”

Come ben si può notare, tutti i verbi che individuano “*precetti*” sono coniugati all’indicativo presente, e dunque nello stesso tempo in cui è coniugato il verbo “*escludere*” nel comma 1-*bis* dell’art. 46, rimasto immutato dalla novella del 2014.

Ciò che di conseguenza si desume è che entrambi i commi siano profondamente intrecciati tra loro, pur non essendo del tutto complementari, ed essi possono essere classificati quali “duplicazione” o “specificazione” l’uno dell’altro.

Come già esplicitato nel paragrafo precedente, infatti, l’Adunanza Plenaria, con decisione n. 9 del 2014, specificando quali siano le cause tassative di esclusione di cui all’art. 46 comma 1-*bis*, ha affermato che il potere di soccorso si sostanzia “*unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti*”.

Orbene, se guardassimo attentamente la norma di cui al comma 2-*bis* citato, e il principio di diritto *de quo* dell’Adunanza Plenaria - il quale, sebbene *pre-riforma* 2014, ha tuttavia trattato un comma non alterato dalla stessa -, ci renderemmo conto che non vi sono differenze sostanziali tra i due testi, e

pertanto ben si può sostenere che il comma 2-*bis* sia unicamente una ulteriore specificazione delle cause tassative di cui all'art. 46, primi due commi.

Anche all'interno della “*relazione illustrativa al disegno di legge numero 2486 AC*” del d.l. 90/2014, poi convertito nella l. 114/2014, si può scorgere esplicitamente il fine cui tende il primo comma dell'art. 39 - rimasto immutato nel procedimento di conversione –, il quale ha introdotto il comma 2-*bis* dell'art. 38 c.a.p., consistente nel **superare** “*la rigorosa esegesi ed applicazione del potere di soccorso istruttorio previsto dall'articolo 46, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.*”²⁹

Anche se volessimo guardare al principio di obbligatorietà in caso di totale **mancanza** di taluni elementi e documenti prodotti, non si potrebbe parlare di una vera e propria novità legislativa, atteso che come già illustrato in precedenza, vi sono stati casi in cui si è dichiarato legittimo il potere della stazione appaltante di invitare il concorrente alla consegna dei documenti assenti, seppure con dei limiti riconducibili alla scusabilità dell'errore dell'operatore economico per cause a lui non imputabili.³⁰

Unici limiti a tale facoltà erano rappresentate dal rispetto della *par condicio*, nonché dalla effettiva esistenza del requisito che si andava a confermare con la produzione del documento mancante.

Appurato che l'ambito di obbligatorietà dell'applicazione del soccorso non è mutato con la novella del 2014, è bene passare alla cognizione di quelle “*carenze*” che il Legislatore definisce “*sanzionabili*” per poterle agevolmente distinguere dalla “*mere irregolarità*”, per le quali, sebbene sia ugualmente previsto

²⁹“*Relazione illustrativa al disegno di legge numero 2486 AC - Conversione in legge del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*”, in “*Giurdanella.it*”, Rivista di diritto amministrativo, in: www.giurdanella.it.

³⁰ Cit. decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2012, n. 21/2012, e n. 23/2013, vedi nota n.21.

il dovere di soccorso istruttorio, a differenza delle prime, non è prevista sanzione alcuna.

Ebbene, a differenza dei termini “*mancaza*” o “*incompletezza*”, che non creano problemi interpretativi, in quanto si spiegano di per se stessi, più problematiche si pongono in relazione a cosa il Legislatore intenda per “*ogni altra irregolarità essenziale*”.

Dalla lettura del combinato disposto del comma 2-*bis* e comma 1-*bis* citati, infatti, si rileva che nel momento in cui la documentazione, presentata dall’operatore economico, sia carente o incompleta di taluni elementi quali i requisiti di cui agli artt. 38 – 46 del Codice degli Appalti, inerenti la moralità e la professionalità tecnica, oppure sia mancante o incompleta relativamente alle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 dell’art. 38, la stazione appaltante dovrà dar seguito al dovere di soccorso istruttorio.

Quando, invece, il Legislatore parla di “*ogni altra irregolarità essenziale*”, a parere della scrivente, si ritiene che - dato per certo che l’articolo 46, primi due commi, elenca le cause tassative di esclusione, e come tale rileva gli elementi essenziali imprescindibili che un operatore economico deve possedere al fine di una sottoscrizione di un contratto pubblico -, Esso si stia riferendo a quelle “*irregolarità*” che Egli annovera nel comma 1-*bis* dell’art. 46, coincidente con le “*altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi*”, e che proprio per la loro collocazione all’interno di tale articolo si possono definire quali “*essenziali*”.

Per queste tre macro categorie di irregolarità – mancanza, incompletezza ed irregolarità di requisiti, dichiarazioni sostitutive e chiusura dei plichi - pertanto, la legge prevede l’obbligatorietà del soccorso istruttorio, previo invito, da parte della p.A. appaltante, alla regolarizzazione delle documentazione da essa stessa dettagliatamente indicata, nel termine fissato dal bando di gara – di massimo 10 giorni -, nonché successivamente al pagamento della sanzione pecuniaria, anch’essa prevista dallo stesso bando. (Aspetti che verranno esaminati in seguito, nei prossimi paragrafi e capitoli).

Tutto ciò che esula da tali categorie verrà ricondotto alle mere irregolarità per le quali, pur essendo previsto il dovere di soccorso, non è prevista pena pecuniaria alcuna.

Appare evidente, per tutto quanto detto sinora che, sebbene l'Adunanza Plenaria con decisione n. 9/2014, nello specificare la tassatività delle cause di esclusione, abbia affermato che *“il soccorso istruttorio consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati”*, specificando che, *“ma, giova comunque ricordarlo, non di introdurre documenti nuovi”*, è pur vero che in precedenza tale possibilità era stata concessa, anche se nei limiti sopra elencati, nonché è bene ricordare che tra tale decisione, del 25 febbraio 2014, e la nuova normativa, entrata in vigore il 18 agosto 2014, non è passato un lasso temporale tale da aver fatto distogliere la naturale prosecuzione dell'evoluzione in tema di soccorso istruttorio, al quale già tendevano le decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2012 n.10 e 21, e del 2013 n. 23.

Come ben si può notare, la sentenza dell'Adunanza Plenaria e la Direttiva 2014/24/UE sono nate a distanza di un giorno l'una dall'altra, ed è proprio dopo l'emanazione della Direttiva che il Governo ha volto i lavori preparatori all'emanazione del d.l. 90/2014 alla cristallizzazione definitiva, in una normativa, di un principio fino a quel momento presente solo a livello giurisprudenziale, principio secondo il quale, in tema di appalti pubblici, si deve tendere a limitare la *“caccia all'errore”*, atteso che in tale ambito si vuole garantire una partecipazione quanto più ampia possibile di operatori economici, così trasformando il *“favor participationis”* in *“ius admittendi”*, principio cristallizzatosi definitivamente con il testo della l. 114/2014.

Ed è proprio in quest'ottica che il Legislatore ha voluto introdurre anche il comma 1-ter all'articolo 46 del c.a.p., il quale recita che *“Le disposizioni di cui 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.”*

Per tutto quanto sinora esposto, ben si può fornire una elencazione succinta di casi in cui la regolarizzazione può essere sanabile con o senza sanzione, nonché di ipotesi in cui non si può procedere né alla sanatoria né alla regolarizzazione.

L'**integrazione con sanzione**, c.d. "irregolarità sanabile", deve ritenersi ammissibile nei casi di totale assenza di un elemento³¹ o di una dichiarazione sostitutiva³², in caso di mancanza di sottoscrizioni, di allegazione di un

³¹ Per esempio, se ci volessimo riferire ai requisiti morali di cui al comma 38, co. 1, c.a.p., dovremmo partire da un assunto per il quale, qualora il bando di gara preveda un generico rinvio all'art. 38, comma 1, d.lgs. 163/2006 (atteso che al fine dell'applicazione del comma 2-bis art. 38 deve essere previsto il dovere di soccorso nei confronti degli operatori economici partecipanti per le dichiarazioni mancanti o incomplete di tutti quei soggetti espressamente indicati dalla stessa norma ex art. 38), "*nel caso in cui una norma circa le dichiarazioni da rendere in sede di gara non sia univoca e sussistano indirizzi giurisprudenziali non uniformi, ove la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per mera omessa dichiarazione, ma soltanto **là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito***." Tale ragionamento vale sia per i requisiti morali di un "procuratore speciale" (Cons. di Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327 e Cons. di Stato, sen III, 4 marzo 2014, n. 1030), che per gli amministratori di società fuse per incorporazione in una società incorporante (Cons. di St., 8 marzo 2013, n. 1411), che per gli amministratori e direttori tecnici che hanno operato presso l'impresa cedente nell'ultimo anno -in caso di cessione d'azienda- (Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10; conf. Cons. St. sez. VI, 1 aprile 2014, n. 1563), che per le dichiarazioni rese dall'amministratore e del direttore tecnico della società cedente -in caso di acquisto di ramo d'azienda- (Cons. St., sez. III; 11 giugno 2013, n. 3214), in F. Armenante, "*La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara*", in "Amministrativamente", "*Rivista di diritto amministrativo*", pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com, diretta da G. Terracciano, P. Bontadini, S. Toschei, M. Orefice e D. Mutino, fascicolo n.9/2014

³² Per quanto attiene alle dichiarazioni sostitutive, l'Adunanza Plenaria con decisione n.16 del 2014, ha affermato che, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R: 445/2000, è sufficiente una **dichiarazione unica** del possesso dei requisiti di moralità di cui all'art. 38 in termini **omnicomprensivi**, non essendo necessaria la puntualizzazione dell'assenza di tutte le condizioni ostative contenute nella norma; nonché ha affermato che, ai sensi del comma 2 dell'art 47 citato, le dichiarazioni possono essere rese circa **stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti, di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza**, pertanto sarà consentita la dichiarazione circa **soggetti facilmente identificabili tramite consultazione di registri pubblici o di banche dati**, al contrario non è consentita per quei soggetti che non sono identificati ed identificabili. Conf. Cons di Stato, sez. VI, del 5 gennaio 2015, n. 18 secondo la quale decisione l'esclusione, in tali casi, sarà comminata se il requisito in questione non sussiste.

Tali assunti si fondano sui principi di autoresponsabilità e di equivalenza funzionale delle suddette dichiarazioni. Secondo cui un documento è valido ed efficace se oltre a dare certezza sulla paternità dello stesso, sostituisce in pieno i contenuti dell'atto originale al quale si sostituisce. Ragione per cui se tali dichiarazioni contengono **forme dubitative** necessitano di

documento di identità del sottoscrittore³³, ed in caso di dichiarazioni, inerenti la posizione del dichiarante, contenenti forme dubitative (come per esempio “*per quanto a mia conoscenza*”).

Le **integrazioni senza sanzione**, previste per le c.d. “*mere irregolarità*”, invece, possono essere ricondotte all’assenza della data sul documento o sulla domanda di partecipazione, al difetto di allegazione di un documento di identità scaduto³⁴, all’assenza di sigle su tutte le pagine di una dichiarazione formata da più fogli privi di vidimazione di congiunzione³⁵ - sempre che sia presente la sigla sull’ultima pagina – e, nel caso di presentazione di una copia di una dichiarazione, qualora ne sia prevista l’originale.

Non sono sanabili, invece, i c.d. “*errori irrimediabili*” i quali portano all’esclusione immediata dalla gara, coincidenti, oltre che con le ipotesi di tardività dell’offerta e di casi di esclusione di cui all’art. 38 *et similia*, con i casi di presentazione di dichiarazioni mendaci³⁶, nonché con l’assenza dell’attestazione del responsabile del procedimento di presa visione da parte del concorrente del bene immobile oggetto della gara³⁷ – solo se il concorrente

integrazione tramite soccorso istruttorio, a meno che tali dichiarazioni non siano inerenti soggetti terzi (cons. di Stato, sez. III, 5 febbraio 2013, n. 688; Cons di Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3132).

³³ Solo se la mancanza del documento è da imputare ad un errore in capo alla stazione appaltante di ambiguità e non chiarezza della norma, non vi sarà la pena dell’esclusione: Cons di Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528; conf. Cons. di Stato, 5 gennaio 2015, n. 32.

³⁴ Cons. di Stato, sez. VI; 12 gennaio 2012, n. 104.

³⁵ Cons. di Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6043.

³⁶ Cons. di Stato, sez. III, 2 luglio 2013, n. 3550, e Cons. di Stato, sez V, 21 maggio 2010, n. 2252. Sull’**autocertificazione mendace**: le dichiarazioni mendaci sono causa di esclusione *ex se*, a nulla rilevando l’aspetto doloso o colposo, rilevando al fine della esclusione esclusivamente la presenza del falso.

³⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 20 novembre 2013. Si pensi che l’articolo 106, comma 2, del Regolamento, prevede che la mancata effettuazione di lavori prevede l’esclusione dalla gara, atteso che, nella fase antecedente l’offerta, tale adempimento deve essere necessariamente eseguito a dimostrazione che il concorrente abbia avuto contezza dei lavori di cui dare esecuzione.

non si sia effettivamente recato sul luogo³⁸ -, in caso di assenza di garanzia, del contratto di avvalimento e delle dichiarazioni di impegno della ditta ausiliaria e ausiliata, dell'offerta tecnica, dell'offerta economica, dell'offerta tempo,³⁹ nonché del documento a corredo dell'offerta economica ed del documento a

³⁸ Si pensi al caso in cui il concorrente, pur avendo effettivamente dato seguito al sopralluogo, disposto dall'art. 106, c. 2, Regolamento, abbia ommesso la documentazione, in tal caso la mancanza sarà sanabile in quanto non andrebbe a ledere la *par condicio* dei concorrenti. Conformi: P. Cerbo, "il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili", in "Urbanistica e Appalti", fascicolo 12 del 2014, pag. 1288 e ss; ANAC, determina dell'8 gennaio 2015, n. 8, "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

³⁹ Sulla mancanza di elementi essenziali dell'offerta ("*manifestazioni di volontà*" del soggetto concorrente cit. R. De. Nictolis, "Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", in *Federalismi.it*, "Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato", in www.federalismi.it), ai sensi dell'art.46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante è tenuta ad escludere i candidati o i concorrenti in caso di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o per difetto di elementi essenziali, vedasi **Parere precontenzioso dell'ANAC n.22 del 5/08/2014**: "*Circa la rilevanza della precisa e completa indicazione dei prezzi unitari, si sono registrate oscillazioni giurisprudenziali, essendo stato affermato, da una parte, che è legittimo ammettere alla gara ditte che abbiano, nelle loro offerte, per mero errore materiale, ommesso di inserire un solo foglio contenente un solo prezzo unitario "dato che in tal caso l'amministrazione era in grado, con un semplice calcolo matematico non implicante alcuna sostituzione alle scelte dell'impresa, di stabilire anche l'unico prezzo unitario mancante e che in definitiva, nell'ipotesi considerata, era possibile ricostruire integralmente la volontà delle imprese e la conseguente completezza effettiva dell'offerta"* (Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 2008, n. 5931) e, dall'altra, che, invece, va esclusa da una gara, anche in difetto di espressa comminatoria del bando, un'offerta che, in violazione di quanto prescritto dalla normativa di riferimento, sia priva dell'indicazione di alcuni dei prezzi unitari previsti, in quanto la stessa è da considerare come incompleta, essendo priva di un elemento essenziale stabilito espressamente dalla *lex specialis* e funzionale alla tutela di primari interessi dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2321). Con la determinazione AVCP n. 4/2012, ("**BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici**"), si è affermato che costituisce causa di esclusione la violazione della disciplina contenuta nell'art. 119 del d.P.R. 207/2010, precisando che "Devono osservarsi le indicazioni dettate, a seconda della procedura di gara, dai successivi commi circa la conseguente redazione delle offerte". Ne consegue che, a pena di esclusione, i concorrenti sono obbligati, tra l'altro, al rispetto di quanto stabilito dal secondo comma del citato articolo 119, il quale prevede, in particolare, che "... i concorrenti rimettono alla stazione appaltante, unitamente agli altri documenti richiesti, la lista di cui al comma 1 che riporta, nella quinta e sesta colonna, i prezzi unitari offerti per ogni lavorazione e fornitura espressi in cifre nella quinta colonna ed in lettere nella sesta colonna ...". Nel caso di specie, non essendo contestato che la ditta abbia ommesso di indicare nell'offerta il prezzo unitario, in cifre ed in lettere, relativamente alla voce 102 "conduttore unipolare ..." della "Lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dell'opera o dei lavori" (pagina 34) deve ritenersi legittima l'esclusione dalla gara della ditta EDIL ATZ snc."

corredo dell'offerta tempo - solo qualora la mancanza di tali ultimi due documenti vada ad incidere sulla segretezza -. ⁴⁰

Si può quindi concludere che, l'istituto del soccorso istruttorio, nei limiti sopra elencati, non può in nessun caso essere strumentalizzato per l'acquisizione in sede di gara di un requisito, ovvero di una condizione di partecipazione, della quale l'operatore economico risulti sprovvisto al momento della presentazione dell'offerta, in quanto, essendo una gara ad evidenza pubblica, ispirata ai più alti principi di trasparenza della p.A., i requisiti e le condizioni devono esistere e perdurare dal momento della presentazione della domanda al momento della presentazione dell'offerta, senza possibilità alcuna di poterli acquisire in una fase successiva.⁴¹

3. Sorte delle clausole in contrasto con la normativa: nullità.

Come più volte rilevato precedentemente, l'art. 4, co. 2, lett. d), n. 1 e 2, del Decreto Sviluppo 2011, d.l. 70/2011, ha cristallizzato nella normativa contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici le cause tassative di esclusione e, più precisamente, all'interno dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.

⁴⁰ Per quanto attiene a tutte quelle cause di esclusione che ineriscono la segretezza del plico, si noti che l'art. 73 e 74 c.a.p. vige in capo all'Amministrazione Appaltante redigere un bando, un capitolato o una lettera d'invito chiara circa la documentazione di gara necessitante per proseguire nella procedura ad evidenza pubblica, idonei a dare seguito al principio di proporzionalità in relazione all'oggetto perseguito dalla procedura stessa. Pertanto, qualora manchi la sottoscrizione della documentazione dell'offerta, questa rappresenta causa di esclusione, atteso che la sottoscrizione del titolare, del rappresentante legale o di altro soggetto munito di poteri dell'impresa, rappresenta elemento essenziale sia della domanda che dell'offerta, in quanto alta espressione di provenienza, serietà ed affidabilità dell'offerta, coincidenti con la volontà dell'impresa di partecipare alla gara. Qualora, la mancanza della sottoscrizione faccia venir meno la riconducibilità della domanda o dell'offerta all'operatore economico partecipante, così violando il disposto dell'art. 46 comma 1-bis c.a.p., questa sarà causa di esclusione, in caso contrario, essa sarà sanabile dietro corrispettivo della sanzione.

⁴¹ Conforme, ANAC, determina dell'8 gennaio 2015, n. 8 cit..

È proprio la stessa normativa che ci suggerisce quale sia la sorte delle clausole in contrasto con la disciplina oggetto di studio.

L'art. 46, al secondo comma, ultima parte, infatti, prevede un'ipotesi di **nullità testuale**, statuendo che i “*bandi*” e le “*lettere di invito*” non possono contenere prescrizioni che prevedano quale sanzione l'esclusione dalla gara al di fuori di quelle previste dallo stesso comma e pertanto, qualora tali clausole ulteriori ci siano, la norma prevede che “***dette prescrizioni sono comunque nulle.***”

Non saranno dichiarate nulle, in conclusione, tutte quelle clausole di esclusione che riprendono ipotesi previste dal Codice dei Contratti, dal Regolamento di attuazione dello stesso e dalle altre norme di legge - sia che prevedano espressamente tale pena sia che l'esclusione sia implicita nel disposto⁴² -, e le stazioni appaltanti, pertanto, sono inibite dal statuirne di ulteriori.⁴³

*“Ne consegue che al di fuori di ipotesi normative di esclusione, nei casi in cui la legge di gara, in violazione del principio di tassatività, introduca cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, la clausola escludente è **nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice.**”⁴⁴*

Tale previsione non è mutata dopo la riforma intervenuta con la l. 114/2014, anzi si è andata rafforzando attraverso la cristallizzazione, all'interno

⁴² Conf: Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2013, n. 23; Ad. Plen. n.9/2014; Ad. Plen. n. 16/2014.

⁴³ Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2014 n. 2376: “*Afferma l'adunanza Plenaria che “la coerenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività - ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: **la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante**” [...]*”

⁴⁴ Cit. Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2014 n. 2376.

della disciplina dell'istituto del soccorso istruttorio - avvenuta con l'introduzione del novello comma 2-*bis*, dell'art. 38, c.a.p. -, della possibilità, in capo al concorrente, previo invito della stazione appaltante, di presentare una documentazione mancata a comprova di un requisito richiesto dal bando, dalla lettera di invito, e da altre disposizioni di legge vigenti, rappresentanti la normativa di settore *ut supra* specificata, pena l'esclusione in caso di carenze del requisito stesso.

Come ben noto, la “nullità”, che è la sanzione massima che l'ordinamento possa prevedere per un atto od una clausola, spiega i suoi **effetti *ex tunc***, rendendo l'atto o la clausola che la contiene improduttivo/a sin dal momento della loro nascita.

Rapportando quanto appena esposto all'ambito degli appalti pubblici, nel caso in cui in un bando di gara vi siano una o più clausole ulteriori rispetto a quelle tipizzate, nelle modalità *ut supra* specificate, qualora la stazione appaltante non provveda a disapplicarla in autotutela, si potrà proporre una **declaratoria di nullità, ex art. 31 Codice del Processo Amministrativo**, entro il “*termine di decadenza di centottanta giorni*”, ed il giudice amministrativo⁴⁵ designato dovrà rilevare la suddetta nullità *ex officio*, senza che vi sia necessità alcuna di una decisione nel merito, ma limitandosi ad emanare una pronuncia di accertamento di nullità (non potendo essere la stessa né costitutiva, né caducatoria), dichiarando la patologia in cui versa la clausola.

Più volte abbiamo rilevato che, attraverso l'introduzione del comma 1-*bis* all'articolo 46 c.a.p., il Legislatore del 2011 abbia voluto porre un punto al rigoroso formalismo della disciplina sul soccorso istruttorio, ed abbiamo anche evidenziato come i giudici amministrativi avessero già iniziato il lento corso verso la progressiva propensione all'attuazione del principio della “*rilevanza della sostanza sulla forma*”, a vantaggio del sempre più ampio spazio al *favor*

⁴⁵ Art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a. prevede le procedure di affidamento tra quelle di competenza del giudice amministrativo.

participationis, di pari passo, tuttavia, al principio di tutela della *par condicio*, e che tutti questi principi siano stati esclusivamente confermati nel 2014 attraverso l'introduzione dei commi 2-*bis* dell'art. 38 e 1-*ter* dell'art. 46 c.a.p.; orbene, l'introduzione della nullità per le clausole in contrasto con la tassatività delle cause di esclusione ne è la prova principe, atteso che il Legislatore non avrebbe potuto prevedere pena peggiore della totale disapplicazione *ex tunc* delle clausole contrastanti.⁴⁶

A tal punto è necessario specificare che, lo stesso Decreto Sviluppo del 2011 aveva introdotto, attraverso l'art. 4, co. 2, lett. *b*), il **comma 4-*bis*, all'art. 64 del c.a.p.**, in cui si legge che *"I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-*bis*. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo."*

A rigore di tale norma viene introdotto nel 2011 l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di uniformarsi ai bandi-tipo predisposti dall'Autorità, a tal punto da imporre alle p.A. appaltanti una motivazione espressa nella *lex specialis* da loro emanata qualora vi siano delle deroghe allo stesso.

Tale possibilità di dispensa è prevista entro certi limiti, che coincidono a quelle ipotesi in cui, successivamente all'entrata in vigore del bando-tipo, sia intervenuta una nuova normativa di settore che preveda un'altra ipotesi di esclusione, sia essa esplicita o meno, differente ed ulteriore rispetto a quelle

⁴⁶ Conforme Flavia Margherita D'Amico, "Il soccorso istruttorio e la tipizzazione delle clausole di esclusione nella disciplina dei contratti pubblici", in "Gazzetta forense", luglio agosto 2014, pag. 161 e ss., in www.gazzettaforense.it, in cui scrive "L'attenzione del Legislatore verso al sostanza piuttosto che la forma, ormai, permea tutto il diritto amministrativo: basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 21 octies della l. n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, inerente ai cosiddetti vizi formali non invalidanti, oppure alla sottoposizione anche dell'organismo di diritto pubblico alla procedura ad evidenza pubblica, considerata la sua sostanza o ossatura pubblicistica a dispetto del nomern privatistico o della forma societaria."

già previste. In tal caso la stazione appaltante, qualora si volesse avvalere dell'ipotesi sopravvenuta, potrà prevedere nella propria *lex specialis* nuove clausole escludenti, purché essa espliciti la motivazione dell'applicazione di tale ipotesi escludente.

Così facendo il *bando-tipo*, inteso quale “*parametro certo*” per misurare la correttezza delle stazioni appaltanti, dal quale non possono discostarsi se non previa ed obbligatoria motivazione scritta, rappresenta comunque uno “*strumento flessibile*” alle novità legislative.⁴⁷

4. Il termine per adempiere alle carenze.

Per avere una migliore visuale dell'istituto in oggetto è bene considerare anche una novità introdotta con la l. n. 114/2014, consistente nell'introduzione del termine concesso dalla stazione appaltante per adempiere alla regolarizzazione, da questa richiesta, della documentazione di gara, presentata dai concorrenti, risultante mancante, irregolare o incompleta di elementi o delle dichiarazioni sostitutive.

Detto termine trova menzione nell'art. 38, comma 2-*bis*, Codice dei Contratti, in cui si afferma che, nei casi di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziali, “*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 cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.*”

⁴⁷ M. Argentino: “La tassatività delle clausole di esclusione ed il soccorso istruttorio negli appalti pubblici: ratio essendi e modus procedendi.”, in “*Amministrativamente*”, “*Rivista di diritto amministrativo*”, pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com, diretta da G. Terracciano, P. Bontadini, S. Toschei, M. Orefice e D. Mutino, fascicolo 7-8 2014.

Dal combinato disposto dell'articolo 38 co. 2-*bis*, ed art. 46 co. 1, D.Lgs. 163/2006, pertanto, emerge che la stazione appaltante dovrà **invitare**⁴⁸ gli operatori economici a rendere la documentazione mancante, ad integrare quella incompleta, nonché a regolarizzare quella irregolare, indicando loro in modo dettagliato quali siano gli elementi o le dichiarazioni che necessitano l'applicazione dell'istituto in oggetto.

Ne consegue che l'invito deve essere **dettagliato** per evitare che i concorrenti soccorsi diano seguito allo stesso, in modo tale da porli nelle condizioni di colmare le loro mancanze, irregolarità o incompletezze nella maniera migliore possibile per proseguire nella gara, senza incorrere in un potenziale "errore scusabile" imputabile alla stazione appaltante (di cui in seguito si parlerà).

Come specificato dalla disciplina, e come già evidenziato precedentemente, il soccorso istruttorio viene applicato esclusivamente alle ipotesi di mancanza, incompletezza o "irregolarità essenziali" - restando fuori dalla disciplina le "irregolarità non essenziali", nonché la "mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili" alle quali non viene chiesta nessuna regolarizzazione -, ed i concorrenti sono tenuti ad uniformarsi al volere della stazione appaltante entro il termine indicato dall'invito, e prima ancora dal bando di gara, che non potrà essere superiore a dieci giorni decorrenti dalla data di ricezione dell'invito, trascorso il quale, in mancanza di adesione al volere di cui sopra, il concorrente sarà escluso.

Ancora una volta i due commi risultano perfettamente complementari, atteso che, il dovere di soccorso non può essere inteso in modo c.d. "lato", in quanto l'obbligatorietà di cui al comma 2-*bis* citato non si può riferire a quei casi di irregolarità c.d. "insanabili" che, data la loro gravezza, esulano

⁴⁸ Art. 46, co. 1, c.a.p., "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."

dall'applicazione del soccorso istruttorio, e tra cui spiccano le dichiarazioni mendaci.⁴⁹

Ciò è dimostrato dal dato di fatto che l'inciso “*invitano, se necessario*”, di cui al primo comma dell'art. 46 c.a.p., non è stato debellato dalla novella del 2014, e pertanto, la stazione appaltante, fuori dalle ipotesi di irregolarità non essenziali, dalla mancanza o irregolarità di dichiarazioni non indispensabili (c.d. “*mere irregolarità*”), nonché di irregolarità insanabili, deve dare seguito al dovere di soccorso istruttorio.

A tal punto è necessaria un'ulteriore piccola precisazione, ossia che la disciplina di cui alla novella della l. n. 114/2014, inerente il termine ad adempiere, si applica esclusivamente alle procedure di gara successive all'entrata in vigore della stessa legge.

È proprio l'articolo 39 del d.l. n. 90/2014, rimasto invariato dalla legge di conversione n. 114/2014, dell'11.8.2014, che lo specifica; lo stesso, infatti, dopo aver introdotto il comma 2-*bis* e 1-*ter*, di cui sopra, così recita: “*le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.*”, e tale data coincide con l'18 agosto 2014, data di entrata in vigore della legge di conversione.

Le centrali di committenza, recependo tale precetto, nonché facendo tesoro di quanto espresso dalla Corte di Giustizia Europea (la quale, con sentenza della Sez. X, del 6/11/2014 n. C-42/13, ha affermato che è illegittimo il soccorso istruttorio effettuato arbitrariamente ed unicamente nei confronti di

⁴⁹A titolo di esempio si riporta che di recente, in tema di false dichiarazioni si è espresso il **TAR Lombardia, Brescia, Sez.II n. 201 del 6 febbraio 2015**, affermando che “*l'omissione, in sede di dichiarazione circa il possesso del requisito della moralità professionale, di una condanna penale ormai irrevocabile non costituisce una irregolarità “sanabile” ai sensi del comma 2 bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, introdotto dalla legge n. 114 del 2014, di conversione del d.l. n. 90/2014. “Pur essendo un requisito essenziale, infatti, nel caso di specie non può applicarsi il “soccorso istruttorio” (previa applicazione della relativa sanzione) in quanto «la dichiarazione di assenza di condanne rilevanti ai sensi della lettera c) dell'art. 38 cit. e la conseguente omessa indicazione della sentenza di condanna riportata, integrano, infatti, gli estremi del **falso in gara**, con tutte le implicazioni che ne derivano anche in termini di non sanabilità della*

un solo concorrente che non avesse presentato un documento, atteso che in tal modo si sarebbe leso il principio di parità di trattamento e di trasparenza⁵⁰), hanno applicato la novella esclusivamente ai bandi successivi al 19 agosto 2014.⁵¹

Inoltre, è bene affermare che gli articoli introdotti dalla l. n. 114/2014, al pari del comma 1-*bis* dell'art. 46, introdotto nel 2011, non sono di interpretazione autentica e, pertanto, a rigore del principio dello *jus superveniens*, non avendo questi effetti retroattivi, la novella si applicherà alle procedure di affidamento i cui bandi o le cui lettere d'invito siano successive al 18 agosto 2014, data di entrata in vigore nella normativa esaminata.

dichiarazione e di necessità di estromissione dalla gara della ditta interessata.”, in www.asmeccomm.it: “Osservatorio Appalti e Contratti”.

⁵⁰ Corte di giustizia europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13: “Orbene, la Corte ha già dichiarato che spetta all'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati, di modo che essa è tenuta ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era prevista nei documenti di tale appalto sotto pena di esclusione (v., in tal senso, sentenza Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 40). 43 Tale obbligo rigoroso che incombe alle amministrazioni aggiudicatrici rientra nel principio di parità di trattamento e nell'obbligo di **trasparenza** che ne deriva ai quali queste ultime sono soggette, in forza dell'articolo 2 della direttiva 2004/18.44 Da un lato, infatti, il principio di parità di trattamento impone che **tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità** nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Dall'altro lato, **l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice**. Esso implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punti da 108 a 111).”

⁵¹ “Osservatorio Appalti e Contratti”, 14 novembre 2014, in www.asmeccomm.it: “La Corte di Giustizia europea (Causa C-42/13) si è pronunciata in merito alla legittimità dell'esclusione di una ditta atteso che, prima dell'entrata in vigore del novellato art. 38, comma 2-bis, l'assenza di una dichiarazione essenziale era stata regolarizzata mediante soccorso istruttorio. Un'estensione del soccorso istruttorio prima dell'entrata in vigore del Decreto su decisione discrezionale della Commissione di Gara sarebbe, invece, un comportamento lesivo del principio comunitario di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza. [...] E' questo il discrimine che ha promosso **la Centrale di Committenza ASMECOMM in tutte le procedure bandite dagli Enti aderenti a ridosso del 24 giugno 2014 e/o del 19 agosto 2014**, rispettivamente entrata in vigore del Decreto e della legge di conversione. **No al nuovo soccorso istruttorio prima, si dopo tali date, secondo l'ambito individuato in prima versione (24 giugno) ovvero a seguito della conversione in legge n. 114/2014.**”

5. Conclusioni:

La novella del 2014, a parere della scrivente, sebbene abbia introdotto espressamente la possibilità di presentare successivamente la documentazione mancante, previo invito da parte della p.A. appaltante, non ha ampliato il novero delle irregolarità sanabili tramite l'esercizio del soccorso istruttorio in quanto, come già evidenziato all'interno del capitolo, già la giurisprudenza, prima della novella 2014, prevedeva il soccorso per cause attinenti alle carenze meramente formali, in quanto ciò che rilevava, al fine della esclusione, era la totale mancanza del requisito stesso, dando in tal modo rilievo più alla sostanza che alla forma delle domande presentate, avendo quale unico limite il rispetto del principio di *par condicio* dei partecipanti alla gara ad evidenza pubblica.⁵²

Ben si può affermare, di conseguenza, che la novella non ha ridotto il carico di ricorsi amministrativi in quanto, ciò che è stato posto in essere darà origine, a mio modesto parere, esclusivamente ad uno slittamento del momento della presentazione dei potenziali ricorsi presentati per mano dei concorrenti esclusi (non solo a causa della loro esclusione, come già oggi accade ma, ancora peggio, per la loro mancata aggiudicazione per non aver eliminato dalla gara un altro concorrente il quale, essendo stato ammesso al soccorso istruttorio, a parer loro “ingiustamente”, ha beneficiato della aggiudicazione dell'appalto, così creando loro un nocumento).

Ciò che, pertanto, la novella del 2014 aveva definito quale “*semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento*”, porterà in un'unica direzione coincidente esclusivamente con l'aumento del

⁵² Cit. decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2012, n. 21/2012, e n. 23/2013, vedi nota n.21.

carico di ruolo dei TAR che sfocerà in nuovi dettami di principi di diritto, ad opera dei Giudici di Palazzo Spada.

Capitolo 2. La natura giuridica del soccorso istruttorio alla luce degli arresti giurisprudenziali e dottrinali.

Se guardassimo lo scenario completo del carico di ruolo dei TAR e del Consiglio di Stato in tema di appalti, ci renderemmo conto che gran parte dei ricorsi attengono alla fase di ammissione e di esclusione dalle gare ad evidenza pubblica.

Con la riforma del 2014, il Legislatore, cristallizzando il principio di *ius admittendi* nella normativa di settore, principio già formatosi da tempo in un filone giurisprudenziale *pre-riforma*, si auspicava si sfozzire il sovraccarico di tali domande.

Per tutto quanto sinora esposto si è evidenziato il motivo per cui tale visione positivista è lungi dal trasformarsi in realtà, bensì si concretizzerà in uno slittamento del momento di proposizione dei ricorsi, collocato in seguito al termine massimo di dieci giorni concessi dalla stazione appaltante per colmare le mancanze, incompletezze ed irregolarità della documentazione presentata dagli operatori economici soccorsi che comunque verranno definiti “*immeritevoli*” dai ricorrenti “*les*” dal soccorso istruttorio compiuto.

Anche l’introduzione nel 2011 della cause tassative di esclusione non hanno sortito l’effetto voluto dal Legislatore, in quanto anche il Suo sforzo di ovviare ai rigorismi formali non ha posto un freno a ricorsi sfrenati, ai quali sicuramente non si potrà rimediare attraverso la cristallizzazione del soccorso in caso di “*mancanza*” di elementi o dichiarazioni sostitutive⁵³.

⁵³ Si noti che prima ancora della entrata in vigore della novella del 2014, e successivamente alla sentenza della Plenaria n. 9 del 2014, del 24.2.2014, vi era stata una **ordinanza di rimessione alla plenaria con cui il Consiglio di Stato (sez. III, del 29 aprile 2014, n. 2214 – poi sfociata nella decisione della Plenaria n. 16/2014 del 30 luglio 2014 -)**, che aveva sollevato la possibilità di dequotare i vizi formali escludendo i concorrenti realmente privi di elementi ostativi differenti dai vizi formali, ossia, in caso di concreta mancanza del requisito richiesto, effermava: “*Ritiene, in conclusione, la Sezione che l’Adunanza Plenaria possa ridurre i motivi di grave incertezza che investono, sul punto, sia le stazioni appaltanti sia le imprese che partecipano alle*

Importante è notare che la normativa resta silente circa il momento in cui bisogna dare attuazione al procedimento di soccorso istruttorio.

La sua collocazione temporale, pertanto, ha dato vita ad interpretazioni differenti, in particolare sul proseguimento contemporaneo o meno del procedimento principale di gara nel momento in cui viene dato inizio a quello di soccorso, e tra le quali spiccano quella del “*sub-procedimento parallelo*” e del “*sub-procedimento presupposto*”.

1. La tesi del “*sub-procedimento parallelo*”.

Sul fatto che il procedimento di soccorso istruttorio sia una **sub-fase** del procedimento di gara ad evidenza pubblica *nulla questio*, e questo a maggior ragione nella fase di verifica della integrità dei plichi e documenti, nella fase di esame delle offerte (in cui se eventuali dichiarazioni di scienza mancano, oppure risultano incomplete o irregolari, si può procedere all’istituto *de quo*), nonché nei momenti della verifica a campione dei requisiti, ai sensi dell’art. 48 co. 1 e 2 Codice Appalti, e della fase di controllo degli stessi nei confronti dell’aggiudicatario e del secondo classificato (art. 48, co. 3, c.a.p.).

Ciò che non è chiaro, invece, è rappresentato dal termine “*successivamente*” del comma 2-*bis* dell’art. 38 Codice Appalti, il quale ha suscitato

gare pubbliche sia la stessa giurisprudenza, oscillante fra posizioni più formali e posizioni più sostanziali, affermando il principio che non sia necessaria una indicazione nominativa nell’autodichiarazione presentata dal rappresentante legale dell’impresa di tutti i soggetti per i quali deve essere dimostrato il possesso dei requisiti morali. Le conseguenze di tale indirizzo sarebbero queste: (a) nei rapporti fra l’ente appaltante e il singolo concorrente, sarebbe causa di esclusione solo l’accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell’inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l’ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all’art. 46, comma 1, del codice dei contratti; (b) il ricorso di altri concorrenti contro l’ammissione dell’aggiudicatario (e conseguentemente contro l’aggiudicazione) sarebbe ammesso solo in quanto si deduca positivamente l’esistenza delle cause ostative; in caso contrario, l’incompletezza delle dichiarazioni ovvero delle indagini spettanti all’amministrazione non potrebbe essere dedotta come motivo di annullamento dell’ammissione dell’aggiudicatario e dell’aggiudicazione in suo favore. 32.- Vista la rilevanza della questione e visto il contrasto giurisprudenziale in atto, il presente ricorso viene, pertanto, deferito all’esame dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 99, comma 1 del c.p.a.”.

alcuni problemi interpretativi che hanno ad oggetto le sorti del procedimento principale, ossia, se lo stesso prosegua durante la procedura di soccorso istruttorio o si sospenda per poi riprendere all'esito di quest'ultimo.

Il comma 2-bis, infatti, sancisce 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.”

Altro quesito, pertanto, è rappresentato dalla domanda che sorge spontanea in tema di **apertura delle offerte**, ovvero se esse debbano essere **aperte a chiusura del procedimento di soccorso istruttorio** sulla documentazione a sostegno della domanda, proseguendo esclusivamente dopo l'esclusione o l'ammissione dell'operatore economico soccorso (sub-procedimento presupposto), o se invece, **si debba proseguire all'apertura a prescindere dalle sorti del soccorso anzidetto**, senza necessità alcuna di sospensione del procedimento principale, procedendo all'eventuale esclusione successivamente (sub-procedimento parallelo).⁵⁴

Orbene, abbiamo rilevato più volte che il Legislatore del 2014 si è cimentato in una novella volta alla semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi.

Se volessimo sostenere questa *ratio* saremmo costretti a concepire il soccorso istruttorio quale *sub-procedimento parallelo* ispirato a principi di celerità e semplificazione, in quanto ai sensi di questa argomentazione l'operatore economico inadempiente resta concorrente, anche se “*ammesso con riserva*”.

⁵⁴ “Una legislazione da Paperopoli, atto secondo. Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio”, in www.bosettiegatti.eu.

In tale ipotesi, pertanto, sarà necessario scindere, a seconda che la gara sia basata sul criterio dell' *“offerta di prezzo”* o dell' *“offerta economicamente più vantaggiosa”*, e di conseguenza, partendo dal presupposto che i concorrenti soccorsi saranno in entrambi i casi ammessi alla gara con riserva, si procederà all'apertura delle buste delle offerte ed all'ammissione, nel primo caso, mentre nel secondo, si avanzerà con la nomina della Commissione e consequenziale aperture delle offerte tecniche.

In tali casi, le **sopravvenute variazioni** di cui al comma 2-*bis* art. 38 ultima parte, derivanti dalle regolarizzazioni od esclusioni dei concorrenti, saranno irrilevanti ai fini del calcolo delle medie e delle soglie e, dunque, le successive ammissioni ed estromissioni (derivanti sia dalla mancanza degli elementi e dichiarazioni, che dal mancato séguito all'invito della stazione appaltante) avranno rilievo, senza soluzione di continuità, solo al fine della graduatoria finale che, anche qualora dovesse subire l'eliminazione di taluni concorrenti, resterebbe tuttavia inalterata.⁵⁵

Questo risulterebbe inaccettabile se guardassimo alle gare basate sull'offerta prezzo, atteso che l'eliminazione di un concorrente soccorso potrebbe sopraggiungere ad aggiudicazione provvisoria effettuata, e pertanto si andrebbe a ledere tutta la graduatoria qualora fossimo in presenza di alcuni criteri, quali: di un bando che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale⁵⁶, e di un concorrente escluso di conseguenza a tale presupposto,

⁵⁵ Se, per esempio, un concorrente soccorso che, a graduatoria formata, si piazza quale terzo classificato, e in un momento successivo, a procedimento di soccorso istruttorio concluso, venga dichiarato escluso, il concorrente, quarto classificato, scalerebbe al terzo posto, ma in ogni caso, la graduatoria resterebbe sempre la stessa.

⁵⁶ Regolato dagli Articoli 122, comma 9, 125, comma 8 e 253, comma 20-*bis*, del Codice dei contratti, per appalti inferiori alla soglia comunitaria fino al 31 dicembre 2015, per importi più modesti dopo tale data. Generalmente queste gare, che prevedono l'esclusione automatica delle offerte anomale, si svolgono in un'unica seduta, ecco perché non è sostanzialmente conforme alla tesi del sub-procedimento parallelo., atteso che non appare legittimo far ipoteticamente risultare vincitore un soggetto la cui offerta non abbia contribuito ai calcoli, o abbia invece contribuito un concorrente poi non regolarizzato e pertanto escluso successivamente.

nonché della regolarizzazione di un altro concorrente dichiarato, successivamente al soccorso, non adeguato e dunque escluso anch'esso. In tal caso, infatti, ci troveremmo di fronte ad una graduatoria in cui vi potrebbero essere dei concorrenti esclusi a priori per un'offerta anomala, che molto probabilmente tale non sarebbe stata se la stazione appaltante avesse regolarizzato previamente la posizione dell'altro concorrente, anch'esso espulso successivamente al soccorso. Tale graduatoria, invero, sarebbe falsata, ma per legge non potrebbe più sortire un effetto stravolgente (art. 38, co. 2-bis, ultima parte: “Ogni variazione che intervenga [...] successivamente [...] non rileva”).

È evidente, pertanto, che in questo caso, sembrerebbe che il *sub*-procedimento parallelo, pur rispondendo alla celerità ricercata dalla norma, andrebbe palesemente a ledere tutti gli altri principi su cui si fondano le gare ad evidenza pubblica, primo fra tutti quello di *par condicio* e trasparenza.

Nelle gare basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, la regolarizzazione o l'esclusione, successiva al soccorso, giungerebbe all'apertura delle offerte tecniche, e dunque, dopo aver nominato la Commissione. Tale passaggio in più potrebbe portare ad un allungamento dei tempi e, pertanto, non si dovrebbe incorrere in problemi inerenti la graduatoria finale, atteso che il soccorso istruttorio, alla nomina della Commissione, dovrebbe aver già raggiunto il suo esito di ammissione o di esclusione dell'operatore economico, ma se così non fosse la conseguenza sarebbe la stessa illustrata per la gara basata sull'offerta prezzo.

2. La tesi del “sub-procedimento presupposto”.

La tesi che appare, a mio parere, solo apparentemente più lineare e ragionevole è quella che prevede l'interruzione del procedimento di gara sino a conclusione del procedimento di soccorso istruttorio di cui rappresenta una *sub*-fase.

Il procedimento di gara, pertanto, secondo tale argomentazione, potrà ricominciare esclusivamente dopo che i concorrenti abbiano dato seguito alle richieste della stazione appaltante, oppure qualora gli stessi non vi abbiano aderito, nonché nel caso in cui il termine ad adempiere contenuto nell'invito sia spirato; solo a procedimento di soccorso concluso, pertanto, la fase procedimentale di ammissione ed esclusione dalla gara potrà avere luogo.

Ma se leggessimo così la normativa, vi sarebbe un problema di fondo.

Il comma 2-*bis* dell'art. 38 c.a.p., ultima parte, infatti, parlando di “*ogni variazione che intervenga [...] successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione*”, è come se stesse ammettendo la possibilità che il procedimento di soccorso possa terminare ad ammissione, regolarizzazione ed esclusione oramai avvenuta e, pertanto, è come se lo stesso Legislatore stia scartando a priori la possibilità di un *sub*-procedimento presupposto a fronte di un *sub*-procedimento parallelo.

A riprova di ciò, a mio parere, vi è anche la scelta del Legislatore della congiunzione “*anche*”, utilizzata nell'inciso “*anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale*”, utilizzata come se fosse un rafforzativo delle Sua scelta razionale di non voler sospendere il procedimento principale, al fine di una accelerazione del procedimento di gara.

È come se il Legislatore, attraverso la particella congiuntiva *de qua*, avesse voluto fornire al precetto in oggetto d'analisi il significato secondo il quale, oltre alle ipotesi di variazioni derivanti dall'esito del soccorso istruttorio, *anche* le pronunce giurisprudenziali - successive all'ammissione, regolarizzazione ed esclusione - non saranno idonee ad alterare il “*calcolo di medie nella procedura*”, né tantomeno “*l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”.

Nemmeno il disposto di cui al comma n. 2 dell'art. 48 c.a.p.⁵⁷, rubricato “*Controlli sul possesso dei requisiti*”, in cui viene enunciato il dovere della stazione appaltante del controllo dei requisiti dell'aggiudicatario e del secondo classificato, è idoneo a distruggere tale tesi da me qui sostenuta, in quanto tale fase attiene ad una fase di gara successiva all'aggiudicazione e non alla ammissione, regolarizzazione o esclusione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 38 c.a.p. e, pertanto, esula dal disposto di cui al comma 2-*bis*.

Il comma n. 2 dell'art. 48 c.a.p., infatti, non è stato alterato dalla novella del 2014, in quanto, se fosse stato in contrasto con il nuovo comma 2-*bis*, questo avrebbe portato all'abrogazione dello stesso comma n. 2. Ciò, a mio parere, non è stato compiuto dal Legislatore proprio perché i due commi attengono a momenti differenti della gara e, proprio per questo motivo, nel comma relativo al controllo dei requisiti dell'aggiudicatario e del secondo in graduatoria è previsto (diversamente da quanto previsto nel comma 2-*bis* dell'art 38, in cui ogni variazione che intervenga non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte) che, “*nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni [...] si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione*”.

3. Conclusioni.

Per tutto quanto qui esposto, appare evidente che il Legislatore con la novella del 2014, si sia spinto verso una evidente volontà di accelerare i procedimenti di gara ad evidenza pubblica ed a mio modesto parere, pertanto,

⁵⁷ Art. 48 comma n. 2, c.a.p.: “*La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.*”

pare che lo Stesso si sia indirizzato più verso una tesi di “*sub-procedimento parallelo*” che di “*sub-procedimento presupposto*”.

La gara ad evidenza pubblica, perciò, deve continuare il suo corso durante l’apertura della fase di soccorso istruttorio, l’esito del quale si andrà ad incastrare in uno scenario che potrebbe già, in un certo senso, essere definito solo in due ipotesi, ossia, nel caso in cui dovessimo parlare di una gara basata sul criterio dell’offerta di prezzo, ma esclusivamente nell’ipotesi in cui nel bando sia previsto che “*le offerte anomale saranno escluse automaticamente*”, oppure nel caso in cui, in una gara con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il risultato del soccorso istruttorio arrivi ad apertura delle offerte tecniche e, pertanto, dopo che sia già stata nominata la Commissione (ma, come abbiamo visto, tale ultima ipotesi è rara!).

Soluzione a tale dilemma, pertanto, potrebbe essere l’emanazione di una normativa *ad hoc* che disciplini tali ultime tipologie di gara, ossia le uniche che potrebbero incorrere in una palese violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti qualora si accettasse la tesi del *sub-procedimento parallelo*, preferita dal Legislatore del 2014.

4. Altre problematiche sul soccorso istruttorio.

Dato per certo che, come più volte sottolineato, l’elemento o le dichiarazioni per cui si fa appello all’istituto del soccorso istruttorio pongono un limite certo, ossia quello secondo il quale, l’operatore economico soccorso posseda il requisito a monte, cui l’elemento o la dichiarazione tendono, è bene sottolineare che tale requisito debba sussistere nel lasso temporale insistente tra la presentazione della domanda e l’apertura delle offerte, atteso che, se così non fosse, il concorrente ammesso risulterebbe carente di quei requisiti di **meritevolezza**, che lo rendono idoneo a stipulare contratti pubblici, richiamati

dalla normativa di settore, e come tale, la sua eventuale aggiudicazione sarebbe *contra legem*.⁵⁸

Per quanto attiene, invece, all'ipotetico **soccorso** che potrebbe intervenire **nel momento dell'offerta**, si deve precisare che anch'esso può avvenire solo in presenza di cause che esulano dalle insanabili – ipotesi che esistevano e che continuano ad esistere anche successivamente alla riforma del 2014 -, tra le quali figurano le falsità e la irrimediabile ipotesi di violazione della segretezza dei plichi.

Dunque, è bene specificare che né il Codice dei Contratti, né il Regolamento, indicano la necessità di suddivisione delle **buste** – amministrativa, tecnica ed economica- all'interno dei plichi, e che la stessa rappresentava esclusivamente una prassi fino al 2011, tant'è vero che solo nella parte finale del comma 2 dell'art. 38 c.a.p. - attraverso l'art. 4, comma 2, lett. *b*) l. n. 106/2011 (legge di conversione d.l. n. 70 del 2011, c.d. "*Decreto Sviluppo*")- figurano per la prima volta le "*buste contenenti l'offerta economica*", così cristallizzando in un certo senso la prassi nella norma.

Sarebbe bene chiedersi cosa succederebbe se, per esempio, la **cauzione provvisoria** venisse collocata dal concorrente nella busta dell'offerta anziché nella busta amministrativa.

In tal caso, a rigore di logica, non sussisterebbe necessità alcuna dell'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, atteso che il requisito che risulta mancante nella busta amministrativa non rappresenta una mancanza

⁵⁸ Come abbiamo già rilevato, la fase contrattuale della p.A. è bifasica -art. 2, n. 2 e 3, c.a.p.-, di cui la prima è pubblicistica e la seconda *anche* privatistica. Abbiamo, pertanto, rilevato che nella prima delle due fasi, inerente al bando di gara ed alla aggiudicazione dell'appalto, la p.A. debba ispirarsi ai principi di cui all'art. 2, c.1, c.a.p.: "*principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*".

effettiva, bensì un “*errore*” nella collocazione all’interno delle buste, se così volessimo chiamarlo⁵⁹.

In tali casi, a mio parere, attesa la lacuna normativa sul punto, si potrebbe far ricadere tale ipotesi all’interno delle *mere irregolarità* di cui non vi è necessità alcuna di pagamento della sanzione che, pertanto, qualora fosse già stata pagata dal concorrente, gli dovrà essere restituita dalla p.A. appaltante in autotutela, onde evitare una fase giudiziale superflua.

È bene specificare che la norma di cui al comma 2-*bis* dell’art. 38, parla di “**concorrenti**” – “*la stazione appaltante assegna al concorrente un termine*”- e, come è noto, con detto vocabolo, a differenza di quello di “*candidato*”, si vogliono racchiudere tutte le tipologie di gare previste dal Codice.⁶⁰

Quindi, con l’utilizzo del termine “*concorrente*” all’interno della norma in oggetto, si vuole far rilevare che l’applicazione del soccorso istruttorio debba essere effettuata in ogni tipologia di gara disciplinata dal Codice.

All’interno del Codice dei Contratti vi sono differenti tipologie di gare che prevedono forme distinte di estrinsecazione della competizione pubblica e, pertanto, possono essere previste, per ognuna di esse, differenti sequenze temporali di apertura delle buste.

Sulla base di ciò, pertanto, nella medesima gara, il soccorso istruttorio potrebbe essere applicato nei confronti di alcuni operatori economici, per carenze della busta amministrativa, e nei confronti di altri, a soccorso di carenze della busta contenente le offerte; come potrebbe inoltre accadere che

⁵⁹ Si pensi al fatto che in caso di volontà dell’operatore economico di volersi costituire in raggruppamento, la cauzione provvisoria a garanzia potrebbe essere collocata nella busta interna dell’offerta.

⁶⁰ Con il termine «*candidato*», infatti, il Legislatore del Codice degli Appalti, intende “*l’operatore economico che ha chiesto di partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo*”, dove il termine “«*operatore economico*» comprende *l’imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi*.” Cit. Art. 3 c.a.p. (“*definizioni*”).

lo stesso concorrente sia più volte oggetto di soccorso, in momenti differenti della gara.

Orbene, avendo già analizzato le due tesi sul *sub*-procedimento parallelo e presupposto, si ritiene ancora una volta che, il procedimento applicabile e più consono sia quello parallelo, e non solo per una questione di celerità e di evidente scelta del Legislatore, bensì perché essa appare l'unica tesi che potrebbe portare a soluzioni logiche, come per esempio l'evitare che un concorrente paghi un soccorso del quale non avrebbe dovuto usufruire nel caso in cui il requisito richiesto dalla stazione appaltante in realtà non fosse assente bensì unicamente allegato ad una busta differente, nonché potrebbe evitare le continue e innumerevoli interruzioni dovute ai più svariati soccorsi nei confronti di concorrenti differenti.

Se, invece, il procedimento principale si fermasse ad ogni soccorso istruttorio (*sub*- procedimento presupposto) e, prima di riprendere l'*iter*, aspettasse l'esito dello stesso, le gare, sulla base dello schema dell'istituto, come modificato dalle riforme del 2011 e 2014, volto ad uno *ius admittendi*, sarebbero giocoforza costrette a durare a dismisura fino ad arrivare all'aggiudicazione definitiva.

A mio modesto parere, pertanto, attesa la **lacuna della normativa** in ordine alle svariate possibilità che possono emergere nelle gare ad evidenza pubblica in tema di soccorso istruttorio, la tesi che si ritiene più idonea è quella del **sub-procedimento parallelo**, e si potrà cercare di colmare le lacune normative – alle quali si spera che il Legislatore voglia dare celermente una soluzione - con una **lex specialis dettagliata su detti casi**, come per esempio, prevedendo che, “*in caso di recidiva del soccorso istruttorio effettuato nei confronti dello stesso candidato, per causa ad esso imputabile, lo stesso sarà costretto al pagamento della nuova sanzione diminuita di.....*”, e questo in quanto, considerata la presenza di un bando di gara chiaro e dettagliato, vige in capo all'operatore economico il compito di redigere le buste nelle modalità più puntuali possibili.

Orbene, qualora il bando di gara non apparisse chiaro e dettagliato sotto taluni punti, il ripetuto utilizzo del soccorso istruttorio nei confronti dello stesso concorrente potrebbe essere scusato ed in tal caso il soccorso reiterato non avverrebbe previo pagamento di una nuova sanzione.

Alla medesima considerazione si potrebbe giungere qualora il concorrente si trovasse dinanzi ad un invito non dettagliato della stazione appaltante in quanto, in tal caso, qualora la risposta dell'operatore economico non risultasse soddisfacente per la p.A., ciò non potrebbe essere ricondotto a cause ad esso imputabili, bensì ad una violazione del principio di leale collaborazione da parte della amministrazione, la quale non dovrà esigere un'ulteriore sanzione per addivenire ad un'altra risposta più complessa della prima presentata.

Ulteriore e differente ipotesi, invece, potrebbe essere rappresentata da quella in cui un concorrente si avvalga dell'istituto de quo più volte e per lo stesso elemento o dichiarazione mancata per causa a lui stesso imputabili, come per esempio nel caso in cui non abbia dato seguito in modo dettagliato all'invito della p.A., la quale si verrebbe a trovare in una situazione tale per cui potrebbe escluderlo per carenze del requisito - che non riuscirebbe altrimenti a ricostruire -, oppure potrebbe ammetterlo alla gara avendo cognizione dell'esistenza di un'eventuale possibilità di non ammissione.

Anche in tal caso la norma è silente ma, se dovessimo seguire il principio dello *ius admittendi* cui la stessa tende, dovremmo optare per la possibilità di dare al concorrente l'occasione di presentare materiale ulteriore a corredo del requisito mancata, irregolare o incompleto, sfociando così in un **soccorso istruttorio di "secondo livello"**⁶¹, per il quale potrebbe essere

⁶¹ "Una legislazione da Paperopoli, atto secondo. Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio", in www.bosettiegatti.eu.

prevista, per esempio, una sanzione ulteriore in forza della violazione del principio di celerità.

Capitolo 3. Il soccorso istruttorio e la cauzione.

Per una visione completa dell'istituto del soccorso istruttorio non si può prescindere dall'analisi della *cauzione provvisoria*, prevista a fronte della *sanzione pecuniaria*, che il concorrente è obbligato a pagare nei confronti della stazione appaltante qualora egli abbia omissso, reso in modo incompleto o irregolare taluni elementi o dichiarazioni sostitutive, attinenti la documentazione per poter accedere e partecipare ad una gara ad evidenza pubblica.

Bisogna sottolineare che è la stessa norma a prevederla ed infatti, a costo di sembrare ripetitivi, è bene sottolineare che al comma 2-*bis*, dell'art. 38, c.a.p., si legge che *“La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 **obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.**”*

È bene analizzare, pertanto, tale aspetto attraverso un breve *excursus* sulla natura giuridica della cauzione, per poi passare alla funzione della stessa all'interno dell'istituto del soccorso istruttorio, con uno sguardo alla posizione della p.A. Appaltante in questa fase della gara.

1. La natura giuridica della cauzione.

Se volessimo cercare, all'interno della vigente normativa, una definizione unica di *“cauzione”* non potremmo guardare nel disposto amministrativo e né tantomeno in quello civile, senza restarne delusi.

La normativa, infatti, perfino nel Codice Civile e Processuale Civile, non ne fornisce una definizione *ad hoc*, ma utilizza molto spesso il siffatto termine all'interno di diversi istituti in cui la cauzione viene imposta, specialmente in materia di esecutorietà dei provvedimenti (artt. 478, 642, 648, 665 c.p.c.), di vendita forzata (artt. 571, 580, 587 c.p.c.), di sospensione del processo esecutivo (art. 624 c.p.c.), ed ancora, in tema di immissione nel possesso dei beni dell'assente (art. 50 c.c.), del tutore (art. 381 c.c.), nelle azioni di danno temuto e di nuova opera (artt. 1171 – 1172 c.c.), per l'adempimento dell'obbligo di fare (art. 1179 c.c.), e così via dicendo.

Ad ogni modo, se volessimo fornire una definizione della “cauzione”, la si potrebbe classificare quale “*garanzia reale*”, assimilabile al “*pegno irregolare*”, in quanto consiste nel trasferimento o nella consegna da parte del debitore (o di un terzo per esso) di somme di denaro o altri beni fungibili di sua proprietà, in favore del suo creditore il quale, in caso di inadempimento del primo potrà incamerarli in modo definitivo oppure, in caso di adempimento, restituirà il *tantundem* nonché, in caso di inadempimento parziale, riconsegnerà al debitore (o al garante) la sola eccedenza del valore della prestazione garantita.

La cauzione pertanto, allo stesso modo del pegno irregolare (il quale, come detto, ha ad oggetto il trasferimento della *res*, e quindi, ha natura reale -in quanto si perfeziona con la *datio rei*-) figura come “*contratto reale*” che gode di “*effetti reali*”.

Illustrata la definizione di cauzione ed analizzata la sua natura giuridica, possiamo passare ad analizzare l'istituto all'interno del procedimento di soccorso istruttorio, per meglio comprendere in che modo la stessa possa essere definita in tale istituto, e se tale concezione sia stata trasformata dalla giurisprudenza nel tempo.

2. La cauzione come “caparra confirmatoria” nei procedimenti amministrativi e posizione della p.A. in tale fase.

Abbiamo già menzionato la norma che prevede il versamento della cauzione a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria all'interno dell'istituto del soccorso istruttorio (art 38, comma 2-*bis*, c.a.p.).

Per comprendere l'istituto *de quo* non si può prescindere da un altro disposto coincidente con l'art. 75 del Codice degli Appalti, rubricato “*Garanzie a corredo dell'offerta*”.

Il comma 2-*bis* dell'art. 38, infatti, pur prevedendo una sanzione pecuniaria a carico dell'operatore economico nei casi tassativamente elencati ed analizzati in precedenza, non afferma la necessità di versare una cauzione ulteriore rispetto a quella prevista dall'art. 75 del Codice, limitandosi a disporre che in determinate ipotesi la stazione appaltante obbliga il concorrente al pagamento di una sanzione “*il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.*”

La cauzione provvisoria a cui il Legislatore si riferisce nel comma 2-*bis*, pertanto, così come menzionata, non può essere ricondotta se non a quella che il Codice degli Appalti Pubblici prevede a garanzia dell'offerta di cui all'art. 75, inserendo con il nuovo dettame normativo un'ulteriore ipotesi di escussione della stessa differente da quelle previste da tale articolo.

Per quanto attiene alla funzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 c.a.p., si può affermare che sin dal 2005 si era espressa l'**Adunanza Plenaria, con decisione n. 8 del 4 ottobre 2005**, affermando che la stessa “*con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una **duplice funzione**: da un lato, una **funzione indennitaria** in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una **funzione** più strettamente **sanzionatoria** in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.”⁶²*

⁶² Adunanza Plenaria, decisione del 4 ottobre 2005, n. 8, prosegue specificando, inoltre, che: “*Quanto agli ulteriori impegni, **oggetto della cauzione provvisoria**, è stato osservato in*

Con tale assunto, pertanto, si voleva specificare che all'incameramento della cauzione si sarebbe proceduto non solo in caso di non stipulazione del contratto per colpa dell'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 75, bensì anche nell'ipotesi di carenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi risultante nel corso del procedimento di controllo dei requisiti previsto dall'art. 48.

Ai sensi della normativa *pre-riforma*, il concorrente che non avesse versato la cauzione provvisoria *ex art. 75*, **non** poteva essere **espulso da una gara ad evidenza pubblica** nel caso in cui, la stessa fosse stata disciplinata da una "*norma speciale*" secondo la quale, anche implicitamente, fosse previsto l'obbligo in capo al concorrente di versare **unicamente la cauzione definitiva** (a corredo delle "*garanzie richieste all'affidatario del contratto*"⁶³), e non

giurisprudenza che essa svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789) Va richiamato a quest'ultimo riguardo l'art. 10 comma 1 quater della legge n.109/94 e successive modificazioni, che prevede, tra l'altro, la escussione della cauzione, nella ipotesi in cui, in sede di verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante, l'impresa concorrente non provi ovvero non confermi le dichiarazioni contenute, in ordine ai detti requisiti, nella domanda di partecipazione o nell'offerta."; conf. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 giugno 2008, n. 5762.

⁶³ TAR Lazio, Roma, Sez. III, sentenza del 14.1.2015, n. 551, avente ad oggetto l'impugnativa di un'aggiudicazione di una procedura *ex art. 125 co.4 D Lgs. n. 163/2006* (cottimo fiduciario), finalizzato all'affidamento di servizi di consulenza ed intermediazione assicurativa (brokeraggio), in cui il secondo classificato lamentava, tra i vari motivi dedotti, la violazione dell'art. 75 Codice Contratti, per non aver presentato il primo classificato cauzione provvisoria a corredo dell'offerta, risultando, a parere del ricorrente, siffatta causa quale violazione di legge imprescindibile nonostante l'assenza nel bando di gara o nell'invito dell'obbligo di prestazione della stessa, e consequenziale necessaria esclusione del concorrente aggiudicatario dalla procedura ad evidenza pubblica. Il collegio rigetta integralmente il ricorso sulla base delle seguenti motivazioni: la normativa speciale che disciplina l'appalto del cottimo fiduciario (sotto la soglia di cui all'art. 125, comma 9, Codice Contratti) prevede che le garanzie siano richieste all'affidatario del contratto e non dal concorrente (combinato disposto artt. 125, comma 14 d.lgs. 163/2006 e 334, comma 1, lett. b), essendo sufficiente la sola cauzione definitiva di cui all'art. 113 c.a.p., e non anche quella provvisoria di cui all'art. 75. In tale caso la disciplina speciale deroga quella generale di cui all'art. 121, comma 1 c.a.p., e si specifica che "*non solo la produzione della cauzione ex art. 75 CCP non era imposta dalla "lex specialis" di gara (dato pacifico) ma anche che, nella specie, non è nemmeno ravvisabile un obbligo etero-integrativo direttamente scaturente dalla legge, il che determina anche l'infondatezza della censura dedotta in via subordinata dalla*

anche quella provvisoria di cui all'art. 75 volta alla conferma della serietà dell'offerta e dell'impegno, a meno che la *lex specialis* non avesse previsto espressamente il mancato versamento della cauzione provvisoria quale causa di esclusione.

Nella legislazione *pre-riforma* 2014, pertanto, qualora durante il procedimento di controllo dei requisiti, di cui all'art. 48, primo e terzo comma c.a.p., il concorrente fosse risultato carente della presentazione della cauzione, ciò non avrebbe portato all'esclusione *a priori* del concorrente. La stazione appaltante, infatti, non avrebbe potuto procedere all'esclusione dalla gara se non nei casi espressamente previsti dalla legge e dalla *lex specialis*, atteso che, come rilevato da giurisprudenza *pre-riforma* 2014, "*la prestazione obbligatoria della cauzione risponde ad interessi precipui della stazione appaltante e non assurge a principio generale e inderogabile nella materia dei pubblici appalti*".⁶⁴

Se, nella legislazione precedente alla riforma del 2014, si poteva sostenere che le ipotesi di esclusione dalla gara a causa della carenza degli elementi economico-finanziari e tecnico-organizzativi risultassero chiare, altrettanto non si poteva affermare per le mancanze dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 c.a.p., non essendoci una normativa *ad hoc* disciplinante tali ipotesi.

È bene rilevare che, sempre la giurisprudenza *pre-riforma* 2014, in tema di carenze dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 Codice Appalti, già aveva affermato che anche in queste circostanze la cauzione provvisoria poteva essere escussa ai sensi dell'art. 75 c.a.p..

La stessa, infatti, ha sempre ricondotto dette carenze al principio cui tende l'art. 75, ossia a garanzia della serietà dell'offerta.

ricorrente in ordine alla presunta illegittimità della lettera d'invito, per non avere prescritto e disciplinato la presentazione della cauzione provvisoria".

⁶⁴ TAR Sardegna, n. 275, del 9.3.2012; conf. Parere Precontenzioso AVCP n. 124 del 19.7.2012.

La “*serietà dell’offerta*”, infatti, è stata concepita dalla giurisprudenza amministrativista quale **principio generale** in tema di gare pubbliche, attesa l’irretrattabilità dell’offerta dopo l’apertura del seggio di gara.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 comma 6, e 75 comma 1, Codice dei Contratti, si specifica che “*Ciascun concorrente **non può presentare più di un’offerta**. L’offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell’invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”, nonché “***l’offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente***”, sempre al fine di garantire la serietà dell’offerta presentata dal concorrente.*

Orbene, secondo la giurisprudenza, sebbene l’articolo 75, al comma 6, preveda espressamente che “*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario*”, è pur vero che la cauzione versata dal concorrente può essere escussa anche per ogni tipologia di motivazione che possa essere ricondotta alla colpa del concorrente stesso, che renda impossibile la stipulazione del contratto pubblico con la p.A. Appaltante.

La giurisprudenza, pertanto, ritiene che la cauzione possa essere escussa non solo nei casi in cui, successivamente all’aggiudicazione, l’aggiudicatario non sia in grado di stipulare il contratto, bensì anche nelle ipotesi precedenti all’aggiudicazione in cui l’operatore economico figuri quale semplice concorrente, atteso che la serietà e l’attendibilità dell’offerta si pone quale “*garanzia del rispetto dell’ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche*”.⁶⁵

Se così non fosse, “*si giungerebbe a soluzioni contrastanti con la ratio della norma, perché l’impresa concorrente potrebbe agevolmente liberarsi dai propri impegni in*

qualunque momento antecedente all'aggiudicazione, senza subire alcuna conseguenza."⁶⁶, e ciò sarebbe in contrasto con l'obbligo del concorrente ad osservare i principi di correttezza e serietà in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina di gara.

Ciò detto, la cauzione, secondo parte della giurisprudenza, ben poteva essere escussa per ogni inadempimento del concorrente, senza che la *lex specialis* prevedesse un espresso disposto in tal senso e, pertanto, *“la cauzione provvisoria è destinata a garantire tutti gli aspetti della partecipazione e, quindi, la serietà e la correttezza di tutti i comportamenti posti in essere a tal fine dai concorrenti”*⁶⁷, costituendo la stessa una liquidazione preventiva e forfettaria di tutti i danni subiti dalla p.A. Appaltante, nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga sia per recesso che per difetto dei requisiti del concorrente.⁶⁸

La **garanzia prestata per il versamento della cauzione provvisoria**, inoltre, -atteso che questa non costituisce mero corredo dell'offerta, bensì parte integrante di essa⁶⁹-, ai sensi dell'art. 75, comma 6, c.a.p., *“è vincolata*

⁶⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione del 22 dicembre 2014, n. 6302; conf: Cons. di Stato, Sez. IV, sentenza 22 settembre 2014, n. 4733.

⁶⁶ T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, sentenza del 25-01-2010, n. 815

⁶⁷ T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, sentenza del 25-01-2010, n. 815; conf. AVCP, deliberazione dell'8 febbraio 2006.

⁶⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, decisione del 12 giugno 2009, n. 3746, in cui si legge anche che *“in quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa, che la stazione appaltante possa liberamente richiedere”*.

⁶⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, decisione del 12 giugno 2009, n. 3746; conf. Consiglio di Stato, Sez. V, decisione del 18 aprile 2012, n. 2232: *“l'escussione della cauzione provvisoria non presuppone in via esclusiva il fatto dell'aggiudicatario ovvero la falsità delle dichiarazioni concernenti i soli requisiti generali o speciali di partecipazione alla procedura; essa, al contrario, trova spazio applicativo anche quando il concorrente, pur se non aggiudicatario, dichiara il falso in occasione della rappresentazione di elementi costitutivi dell'offerta; è legittima la previsione del bando di gara che ammette l'escussione della garanzia per qualsivoglia ipotesi di falsità nelle dichiarazioni – ovvero anche nei confronti della concorrente non aggiudicatario – e, addirittura, in caso di mancato adempimento di ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara. La cauzione provvisoria costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa; la finalità della cauzione è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando; l'escussione costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente.”*

automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo” e dunque, l'escussione della cauzione è prevista per ogni inadempimento posto in essere prima della stipula, atteso che l'escussione stessa “è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla detta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso”⁷⁰.

Alla cauzione provvisoria, pertanto, anche prima della riforma del 2014, secondo la giurisprudenza amministrativa, veniva attribuita una funzione sanzionatoria, oltre che per la mancata stipulazione del contratto, anche per tutti quei **fatti colpevoli** ascrivibili alla rottura del patto d'integrità, non solo ai sensi dell'art. 48, bensì anche in caso di violazione dei requisiti di cui all'art. 38 c.a.p., in quanto ciò rappresenta una violazione del principio di diligenza e buona fede che incombe sul concorrente, riconducibile alla **responsabilità precontrattuale** di cui all'**art. 1337 c.c.**⁷¹

Deve specificarsi inoltre che, secondo tale teoria, le norme di cui al D.Lgs. 163/2006 rappresentano una normativa speciale *“esonerano l'Amministrazione Appaltante dalla prova di uno specifico profilo di danno, ponendosi la cauzione come liquidazione preventiva e forfettaria del danno”*.⁷²

Ai sensi di questo filone giurisprudenziale, la cauzione veniva concepita quale *“clausola penale”*, volta alla liquidazione anticipata del danno da inadempimento, non limitando la p.A. appaltante a richiedere il maggior danno

⁷⁰ Cons. St. Sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6769; Cons. di Stato, Sez. IV, decisione del 30 gennaio 2006, n. 288.

⁷¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione del 22 dicembre 2014, n. 6302; conf. Adunza Plenaria, 4 maggio 2012, n.8, Cons. di Stato, Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 3428, Cons. di Stato, Sez. V, del 27 ottobre 2014, n. 5283.

⁷² Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione del 22 dicembre 2014, n. 6302; conf.: Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4733/2014; anche Consiglio di Stato Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746.

nel caso in cui questa avesse dimostrato di aver subito un *vulnus* superiore rispetto a quello coperto dall'escussione della cauzione provvisoria.⁷³

A tal punto appare necessario menzionare una recentissima decisione **dell'Adunanza Plenaria, resa il 10 dicembre 2014, n. 34**, in cui la stessa, esprimendosi su un quesito proposto dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (C.G.A.R.S.) -ossia: "*se una stazione appaltante possa disporre l'incameramento della cauzione provvisoria soltanto nelle ipotesi specificamente previste dall'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, relativa alla riscontrata carenza dei c.d. requisiti speciali, ovvero anche nei casi, come quello di specie, in cui un'impresa non aggiudicataria abbia omesso o reso in maniera difforme rispetto a quanto prescritto, una o più dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del medesimo decreto.*"-, ha emanato un principio di diritto secondo il quale "***E' legittima la clausola, contenuta negli atti di gara per l'affidamento degli appalti, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.***"

Tale sentenza inoltre, afferma che anche se le norme di cui al Codice degli Appalti, ed in particolare dell'art. 48, -inerente il controllo a campione dei requisiti dei concorrenti-, prevede l'esclusione dei concorrenti carenti dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi unicamente qualora in tale fase, di conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o dell'offerta, vi siano dichiarazioni non corrispondenti al vero, è ammessa in capo alla stazione appaltante la possibilità di prevedere nella *lex specialis* una clausola che preveda l'esclusione anche in caso di carenza requisiti

⁷³ Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione del 22 dicembre 2014, n. 6302: "*Beninteso, tale aspetto se avvicina la cauzione provvisoria negli appalti pubblici a quel particolare meccanismo di liquidazione del danno costituito dalla clausola penale ex art. 1382 cod. civ., non limita alla sua misura il risarcimento del danno cagionato all'amministrazione, qualora quest'ultima dimostri di aver subito un danno eccedente (cfr. Cass., S.S.UU. civili, 4 febbraio 2009, n. 2634).*"

di cui all'art. 38, al pari di quelli di cui all'art. 48, purché vi sia un'esplicita previsione della espulsione dell'operatore economico gareggiante e del trattenimento della cauzione provvisoria da questo versata.

È pur vero, però, che tale decisione si riferisce ad una gara indetta prima della entrata in vigore della nuova disciplina introdotta con la legge n. 114/2014, art. 38, comma 2-*bis*, la quale ha cristallizzato tale disposto prevedendo che anche in carenza dei requisiti generali vi sarà l'escussione della cauzione provvisoria con consequenziale possibilità in capo al concorrente di usufruire del soccorso istruttorio, così definito "*a pagamento*".

Per quanto attiene alle cause di esclusione si rimanda ai capitoli precedenti, mentre ciò che serve in questa fase dell'elaborato, è capire che, sebbene sia stata inserita tale norma, nulla in sostanza è mutato sul tema della natura giuridica della cauzione provvisoria, che a parere della scrivente, per tutto quanto sinora esposto, consiste nella "*caparra confirmatoria*" più che nella "*clausola penale*".

Si può continuare a ritenere, infatti, che la cauzione provvisoria tutt'oggi assolva ad una funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un duplice senso –serietà dell'offerta di tutti i concorrenti prima della aggiudicazione (funzione sanzionatoria), e garanzia della stipula del contratto da parte dell'offerente aggiudicatario (funzione indennitaria)- ma, a differenza di quel filone giurisprudenziale che ritiene che la stessa sia assimilabile alla clausola penale (consistente ad un anticipo di liquidazione dei danni nei quali l'Amministrazione Appaltante potrebbe incorrere in caso di mancanza dei requisiti del concorrente, sia speciali che generali, sia prima che dopo l'aggiudicazione e stipulazione del contratto pubblico), ritengo che alla stessa sia da attribuire il valore di caparra confirmatoria, atteso che essa, costituendo elemento dell'offerta e non mero elemento a suo corredo, figura quale garanzia del rispetto del patto di integrità cui si vincolano tutti coloro che partecipano alla gara pubblica.

A parere della scrivente, pertanto, la cauzione serve -oltre che a tutelare la stazione appaltante da un'eventuale offerta non seria ed affidabile- da deterrente nei confronti dei partecipanti privi dei requisiti, speciali e generali, richiesti dalla norma, che pertanto si responsabilizzano in ordine alle dichiarazioni da loro rese, anche sulla base del più grande principio di diligenza e buona fede legata alla responsabilità precontrattuale, atteso che le dichiarazioni non corrispondenti al vero alterano di per sé la gara, portando un aggravio ai lavori della stazione appaltante, chiamata a vigilare sulle stesse ed a prendere gli opportuni provvedimenti.

Il vincolo tra stazione appaltante e concorrente, che si instaura successivamente al versamento della cauzione, infatti, è un rapporto giuridico a sé stante rispetto al resto della gara, atteso che le uniche parti in tale rapporto sono la p.A. Appaltante ed il concorrente stesso.⁷⁴

Per tutto quanto sopra esposto, pertanto, si può ritenere che, sotto il profilo della **natura giuridica** della cauzione provvisoria, la stessa la si può ricondurre alla “*caparra confirmatoria*” (art. 1385 c.c.), istituto “*avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso*”, tentando così a non creare un ulteriore *vulnus* all'Amministrazione la quale, altrimenti -ossia nel caso in cui la cauzione fosse concepita quale clausola penale- potrebbe essere costretta a pretendere il maggior danno subito ad opera del concorrente, aggravando le spese processuali della p.A..⁷⁵

⁷⁴ Adunanza Plenaria, decisione del 10 dicembre 2014, n. 34, la quale rileva che “*si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa.*”

⁷⁵ Adunanza Plenaria, decisione del 10 dicembre 2014, n. 34 “*sotto il profilo della natura giuridica, si ritiene (tra varie, Cons. Stato, VI, 3 marzo 2004, n. 1058 e Cons. Stato, V, 15 aprile 2013, n. 2016) che ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso, l'istituto della cauzione provvisoria debba ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione*

Sotto tale profilo, pertanto, ben si può rilevare che la cauzione provvisoria viene intesa più quale misura di indole patrimoniale, che di una sanzione di carattere prettamente amministrativo, in quanto caratterizzante di una conseguenza tipica del diritto civile, consistente nella violazione di regole e doveri contrattuali accettati con la partecipazione alla gara ad evidenza pubblica.

La stazione appaltante in tale momento, pertanto, risulta essere una delle parti all'interno di un fase precontrattuale in cui, come già affermato, il rapporto che ne deriva è tra due contraenti, ossia p.A. Appaltante e concorrente, in quanto il vincolo che si instaura successivamente al versamento della cauzione è un rapporto giuridico a sé stante rispetto al resto dei concorrenti e del procedimento ad evidenza pubblica, potendo l'operatore economico gareggiante impugnare la sola escussione qualora risulti lesiva nei suoi confronti.

3. Altre problematiche in tema di cauzione provvisoria e sanzione.

Dopo aver analizzato la funzione e la natura giuridica della cauzione provvisoria, si può passare ad analizzare alcuni dubbi sull'istituto *de quo, in primis* si potrebbe provare a comprendere se un concorrente possa o meno rinunciare al soccorso istruttorio non pagando ed opponendosi all'escussione della cauzione a fronte della sanzione pecuniaria.

A parere della scrivente ciò non è possibile, atteso che è la norma che chiaramente indica l'obbligo di escussione della cauzione, ed infatti al comma 2-bis dell'art. 38 c.a.p. è previsto che “*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra*

risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno (per altra giurisprudenza, si veda in tal senso, Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6362, la cauzione provvisoria svolge la funzione della clausola penale, diretta a predeterminare la liquidazione forfettaria del danno, tanto che non viene prevista la possibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione incamerata).”

*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.***”

Questa volta, non è solo il verbo all'indicativo presente che evidenzia l'obbligatorietà dell'attività qui descritta, bensì è proprio il vocabolo scelto dal Legislatore -“*obbliga*”- che è rappresentativo dell'indice di tale precetto.

Non mancano tesi contrapposte, come per esempio il sistema di committenza pubblica ASMECOMM, la quale, sul sito ufficiale, in tema di possibilità in capo ad un concorrente di non avvalersi del soccorso istruttorio (discorrendo sulle interpretazioni che l'ANAC ha fornito sull'istituto *de quo* con determinazione n. 8 del 2015) afferma che “*Se infatti, da un lato, l'Autorità prevede «All'incameramento (della cauzione), in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio.», tale circostanza non può non avere una disciplina differente nei casi in cui la Ditta dichiara in seduta di gara di non avvalersi del soccorso istruttorio, nel qual caso non si è arrecato alcun danno alla P.A. e la condotta della ditta è da considerarsi non sanzionabile, da quelli in cui la P.A. ritardi il procedimento per concedere il termine di integrazione e la Ditta decida ex post di non avvalersene.*”⁷⁶

Il procuratore generale Salvatore Nottola, nella sua relazione resa all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei Conti, ponendosi in

⁷⁶ La stessa ASMECOMM continua affermando che “*Come può in questo caso non applicarsi la sanzione? Come potrebbe il RUP omettere la comminazione di tale sanzione, con potenziale danno erariale a suo carico? La Centrale di Committenza ASMEL CONSORTILE scarl, sul punto, coerentemente con le linee-guida del Centro Studi ASMEL, consiglia agli Enti operanti sulla piattaforma ASMECOMM, di attenersi al puntuale dettato normativo, non applicando la sanzione nel caso in cui la Ditta dichiara tempestivamente di non avvalersi della facoltà di integrazione documentale riconosciuta dall'art. 38, comma 2-bis del D.Lgs. n. 163/2006.*” in www.asmecomm.it: “*Osservatorio Appalti e Contratti*”, “*Rinuncia al soccorso istruttorio: in quali casi si può non pagare.*”

netto contrasto con tale interpretazione appena enunciata e ricalcante la posizione della determinazione n. 8 del 2015 dell'ANAC, ha fermamente affermato che *“il concorrente che, in una gara d'appalto, non si avvalga del soccorso istruttorio, debba comunque pagare la sanzione (che, ricordiamo, è compresa tra l'1 per mille e l'1 per cento del valore del contratto, con il limite di 50 mila euro).”*⁷⁷

Lo stesso Procuratore infatti afferma che *“il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile”*.⁷⁸

Tralasciando quanto affermato dal Procuratore Generale Nottola, la visione dell'ANAC, a mio parere, rappresenta un errato modo di concepire la novella, in quanto il Legislatore, se avesse voluto prevedere casi in cui il concorrente avrebbe potuto non godere del soccorso istruttorio, l'avrebbe disciplinato ed non avrebbe, inoltre, utilizzato la locuzione *“obbliga il concorrente”* nella norma esaminata, senza contare che ciò andrebbe anche in contrasto con la *ratio* cui tende la norma, basata sullo *ius admittendi* e, quindi, l'*“autoesclusione”*, se così volessimo concepirla, da parte del concorrente stesso sarebbe, a mio parere, senza senso e contro legge.

Altro dubbio è cercare di comprendere cosa fare nel caso in cui manchi la garanzia di cui all'art. 75 c.a.p..

Abbiamo già esaminato che la carenza degli elementi essenziali è da ritenersi sanabile nei limiti in cui il requisito in capo al concorrente sussista dal momento della domanda al momento della presentazione dell'offerta, e pertanto, atteso che la cauzione non è un mero corredo della offerta, bensì sua parte integrante, ben si può ritenere che la sua totale mancanza non sia sanabile.

⁷⁷ *“Soccorso istruttorio: contrasto tra Anac e Corte dei Conti”*, in www.giurdanella.it, *“Rivista di Diritto Amministrativo”*, in cui si legge ancora: *“In altre parole, per la Corte dei Conti l'amministrazione deve comunque esigere il pagamento della sanzione dal momento che, come sostenuto dallo stesso Nottola, “il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile”*.

⁷⁸ Relazione *“INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO, ROMA 10 FEBBRAIO 2015* Procuratore generale Salvatore Nottola”, pag. 210, in www.corteconti.it.

Sebbene l'esclusione del concorrente carente di cauzione sia prevista espressamente solo per quella definitiva, ai sensi dell'art. 113 c.a.p., diversamente da quella provvisoria per la quale non vi è nessuna previsione in tal senso, si può affermare che l'obbligatorietà della prestazione della cauzione provvisoria sia implicita nella norma, a tal punto da porla a garanzia del versamento della sanzione per difetto documentale⁷⁹, ed a ciò consegue che la sua mancanza comporterà l'esclusione del concorrente, rientrando tali ipotesi tra quelle di "*irregolarità irrimediabile*".

Qualora manchi esclusivamente la documentazione a supporto dell'avvenuto rilascio della garanzia, oppure nei casi di insufficienza della cauzione prestata, invece, si potrà far rientrare le stesse tra le ipotesi di "*soccorso istruttorio a pagamento*", in quanto la loro esistenza è dimostrabile, ma bisognerebbe unicamente colmare la mancanza o l'irregolarità attraverso il pagamento della sanzione.

Diverso è il caso in cui la documentazione a corredo della cauzione provvisoria sia in un plico differente da quello dei requisiti generali e in tal caso, a mio parere, ci troveremmo in una ipotesi di "*mere irregolarità*" in cui, qualora la cauzione fosse già stata escussa dalla stazione appaltante, la stessa dovrà restituire la somma al concorrente, il quale non risulta né carente del requisito né privo di documentazione, bensì egli ha semplicemente ed erroneamente posto la documentazioni in un plico differente, magari in quello dell'offerta, ipotesi in cui (come già esposto in precedenza) non si può non applicare il principio di autotutela della p.A..

⁷⁹ A sostegno di ciò si rileva che l'art. 9, comma 2, lett. a) del D.L. n. 133/2014, c.d. "*Sblocca Italia*", prevede delle deroghe alla prestazione della garanzia e versamento della cauzione solo in precise previsioni normative, ciò vuol dire che in tutte le altre ipotesi la stessa è obbligatoria.

INDICE

<i>Introduzione</i>	
.....	2

Capitolo 1. Il nuovo soccorso istruttorio

1. <i>Cenni storici e criticità dell'istituto</i>	6
2. <i>Analisi della novella introdotta con l'art. 39 della legge n. 114/2014</i> :.....	
	17
2.1 <i>i requisiti di partecipazione</i> ;.....	19
2.2 <i>il comma 1-bis dell'articolo 46 D.Lgs. 163/2006</i> ;.....	22

2.3	<i>il comma 2-bis dell'art.38 ed 1-ter dell'art 46 D.Lgs. 163/2006.....</i>	27
3.	<i>Sorte delle clausole in contrasto con la normativa: nullità.....</i>	34
4.	<i>Il termine per adempiere alle carenze.....</i>	37
5.	<i>Conclusioni.....</i>	
		40

Capitolo 2. La natura giuridica del soccorso istruttorio alla luce degli arresti giurisprudenziali e dottrinali.....42

1.	<i>La tesi del “<u>sub-procedimento parallelo</u>”.....</i>	43
2.	<i>La tesi del “<u>sub-procedimento presupposto</u>”.....</i>	46
3.	<i>Conclusioni.....</i>	
		47
4.	<i>Altre problematiche sul soccorso istruttorio.....</i>	48

Capitolo 3. Il soccorso istruttorio e la cauzione.....53

1.	<i>Natura giuridica della cauzione.....</i>	53
2.	<i>La cauzione come “caparra confirmatoria” nei procedimenti amministrativi e la posizione della p.A. in tale fase.....</i>	54
3.	<i>Altre problematiche in tema di cauzione provvisoria e sanzione.....</i>	62

Bibliografia.....

.....68

BIBLIOGRAFIA

“Codice dell’Appalto Pubblico”, a cura di S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti, con il coordinamento di Daniele Dongiovanni – Diego Sabatino, Giuffrè Editore, 01/2011, art. 46, pag. 571;

“Relazione illustrativa al disegno di legge numero 2486 AC - Conversione in legge del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari”, in *“Giurdanella.it”*, Rivista di diritto amministrativo, in: www.giurdanella.it;

“Soccorso istruttorio: contrasto tra Anac e Corte dei Conti”, in www.giurdanella.it, *“Rivista di Diritto Amministrativo”*;

“Una legislazione da Paperopoli, atto secondo. Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio”, in www.bosettiegatti.eu;

“Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”, COMMISSIONE EUROPEA, Bruxelles, 3.3.2010, COM(2010) 2020 - definitivo, COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPA 2020, in http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm;

Adunanza Plenaria, decisione n. 10 dell’11 maggio 2012;

Adunanza Plenaria, decisione n. 21 del 7 giugno 2012;

Adunanza Plenaria, decisione n. 23 del 16 ottobre 2013;

Adunanza Plenaria, decisione del 4 ottobre 2005, n. 8;

Adunanza Plenaria, decisione n. 9 del 25 febbraio 2014;

Adunanza Plenaria, decisione n.16 del 30 luglio 2014;

ANAC, determina dell'8 gennaio 2015, n. 8, "*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*";

Centro studi ASMEL, "*SOCCORSO ISTRUTTORIO: COSA CAMBIA DOPO LA LEGGE N.114/2014 . Vademecum per le commissioni di gara, applicazione della Sanzione e Cauzione provvisoria*", in www.asmecomm.i;

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI - *Bilancio della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COMMISSIONE EUROPEA Bruxelles -5.3.2014, COM (2014) 130 final- in http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_it.pdf;

Conforme Flavia Margherita D'Amico, "*Il soccorso istruttorio e la tipizzazione delle clausole di esclusione nella disciplina dei contratti pubblici*", in "*Gazzetta forense*", luglio agosto 2014, pag. 161 e ss., in www.gazzettaforense.it.

Consiglio di Stato, 16 ottobre 2013, n. 23;

Consiglio di Stato, 7 giugno 2012, n. 21;

Consiglio di Stato, sez. III, 12 aprile 2013, n. 2006;

Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507;

Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2014 n. 2376;

Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza di rimessione del 29 aprile 2014,
n. 2214;

Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione del 22 dicembre 2014, n. 6302;

Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093;

Consiglio di Stato, sez. V, 20 novembre 2013;

Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248;

Consiglio di Stato, Sez. V, decisione del 18 aprile 2012, n. 2232;

Consiglio di Stato, Sezione III, 16 marzo 2012, n. 1471;

Corte di giustizia europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13;

DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in http://www.bosettiegatti.eu/o_normellpp.htm;

Ezio Maria Barbieri: *“Tre decisioni dell’Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche”*, in *“Rivista trimestrale degli appalti”*, anno 2014, fascicolo 2, pagg. 360 – 370;

F. Armenante, *“La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara”*, in *“Amministrativamente”*, *“Rivista di diritto amministrativo”*, pubblicata in internet all’indirizzo www.amministrativamente.com, diretta da G. Terracciano, P. Bontadini, S. Toschei, M. Orefice e D. Mutino, fascicolo n.9/2014;

F. Cataldo, Art. 64 Bando di Gara, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *“Codice degli Appalti Pubblici”*, Roma, 2013, 940 e ss.;

M. Argentino: *“La tassatività delle clausole di esclusione ed il soccorso istruttorio negli appalti pubblici: ratio essendi e modus procedendi.”*, in *“Amministrativamente”*, *“Rivista di diritto amministrativo”*, pubblicata in internet all’indirizzo www.amministrativamente.com, diretta da G. Terracciano, P. Bontadini, S. Toschei, M. Orefice e D. Mutino, fascicolo 7-8 2014;

P. Cerbo, *“Il soccorso istruttorio fra “mere” irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili”*, in *“Urbanistica e Appalti”*, fascicolo 12 del 2014, pag. 1288 e ss;

R. De. Nictolis, *“Le novità dell’estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*, in *Federalismi.it*, *“Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato”*, in www.federalismi.it;

Relazione *“INAUGURAZIONE DELL’ANNO GIUDIZIARIO, ROMA 10 FEBBRAIO 2015 Procuratore generale Salvatore Nottola”*, in www.corteconti.it;

Roberto Giovagnoli, *“Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo.”*, in www.giustamm.it, 2012;

STRATEGIA EUROPA 2020, in http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm;

T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, Sent., 25-01-2010, n. 815;

TAR Lazio, Roma, Sez. III, sentenza del 14.1.2015, n. 551;

TAR Lombardia, Brescia, Sez. II n. 201 del 6 febbraio 2015;