

## **Una legislazione da Paperopoli, atto secondo**

### **Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio**

*Premessa - 1. L'origine del soccorso istruttorio - 2. Il comma 1-bis dell'articolo 46 introdotto nel 2011 - 3. Gli aspetti contraddittori delle nuove disposizioni - 4. Introduzione alla novella - 5. La procedimentalizzazione - 5.1. Il soccorso istruttorio come sub-procedimento presupposto - 5.2. Il soccorso istruttorio come sub-procedimento parallelo - 5.3. La modesta rilevanza pratica dell'invarianza delle medie e delle soglie - 6. La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2014 - 7. Altre problematiche del soccorso istruttorio - 7.1. La regolarizzazione come conferma o come innovazione - 7.2. Il soccorso istruttorio in sede di esame dell'offerta - 7.3. La reiterazione del soccorso istruttorio - 7.4. Il soccorso istruttorio di secondo livello - 8. La relazione tra cauzione provvisoria e sanzione pecuniaria - 8.1. La cauzione provvisoria - 8.2. La sanzione pecuniaria - 8.3. Il dimenticato caso delle procedure ristrette - 9. Una triste conclusione.*

#### **Premessa.**

Nel decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 12 agosto 2014, n. 114, ha fatto la sua comparsa l'articolo 39 che un burlone si è divertito a rubricare «*Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*», dove la parola **semplificazione**, com'è ormai prassi, è completamente fuori luogo.

Tale norma è intervenuta sul già controverso istituto del soccorso istruttorio, introducendo nell'articolo 38 (Requisiti di ordine generale) del Codice dei contratti il seguente comma 2-bis:

*«2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.»*

Il nuovo impianto normativo è esteso ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi e all'intero coacervo documentale delle gare d'appalto dal nuovo comma 1-ter dell'articolo 46 (Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione): «*1-ter. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.*».

## **§ 1. L'origine del soccorso istruttorio.**

Il soccorso istruttorio, anche se tale definizione è abbastanza recente, è un istituto coerente con i principi generali dell'ordinamento, formalmente introdotto dall'articolo 27 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971 [1] e, dopo vari passaggi intermedi, approvato praticamente immutato all'articolo 46, comma 1, del Codice dei contratti. [2]

Nel tempo la prassi e la giurisprudenza si sono sbizzarrite nei modi più vari sull'applicazione del soccorso istruttorio, estendendone o restringendone la portata, sull'interpretazione tra atti mancanti (in genere non suscettibili di soccorso) e atti incompleti o equivoci e, all'interno di questi ultimi, quelli suscettibili di chiarimenti o quelli escludenti, sulla prevalenza tra il principio della *par condicio* e l'opposto principio del *favor participationis*. E' inutile dilungarsi sul punto, sia perché si tratta di questioni note, sia perché nel luglio 2011, la legge n. 106 di conversione del decreto-legge n. 70, introdusse il comma 1-bis che, almeno nei primi tempi, sconvolse l'intero sistema.

## **§ 2. Il comma 1-bis dell'articolo 46 introdotto nel 2011.**

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

Seguirono due anni e mezzo di convulsioni interpretative, dove si era giunti a sostenere che il comma 1-bis era di stretta interpretazione per cui, ad esempio, l'assenza della cauzione provvisoria non era causa di esclusione [3] mentre era irrimediabile l'assenza dell'impegno del garante a rilasciare la cauzione definitiva, questo perché il solo comma 8 dell'articolo 75 conteneva le parole «a pena di esclusione». La conseguenza di questa lettura era che, oltre alle classiche questioni di confezionamento delle buste e incertezza assoluta su contenuto o provenienza dell'offerta, vi erano solo cinque cause di esclusione espressamente comminate dalla norma:

- 1) le condizioni soggettive dell'articolo 38, comma 1 (che inizia con «Sono esclusi ...»);
- 2) l'unicità dell'impresa ausiliaria di cui all'articolo 49, comma 8 (assistita dalla formula «a pena di esclusione»);
- 3) il mancato utilizzo della lista per l'offerta ai sensi dell'articolo 74, comma 3 (con la formula *a contrariis*: «Salvo che l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari il mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle

---

<sup>1</sup> «Entro i limiti degli articoli da 23 a 26, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli.»

<sup>2</sup> «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.»

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 4 ottobre 2012, n. 5203.

*offerte non costituisce causa di esclusione »);*

4) la partecipazione multipla di consorziati e raggruppati ai sensi degli articoli 36, comma 5 e 37, comma 7 (con le frasi «*in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato*» e poi «*E' fatto divieto ...*»);

5) la mancata dichiarazione di responsabilità di cui agli articoli 118, comma 2 o 119, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010 (corredata dalla frase: «*L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione ...*»).

Restavano poi altre cause esplicite di esclusione previste da leggi speciali (il più rilevante è il mancato versamento della gabella alla AVCP, perché le altre cause erano di norma assorbite nell'articolo 38, comma 1, lettere m). [4]

Ma restavano scoperti dalla sanzione dell'esclusione alcuni adempimenti sostanziali e, in qualche caso, di per sé irrimediabili; per citare solo due esempi paradossali, la presentazione tardiva dell'offerta e il mancato possesso dell'attestazione SOA per i lavori non sono sanzionati da alcuna norma con un'espressione specifica che utilizzi il termine "esclusione".

Come se non bastasse le "ulteriori" prescrizioni introdotte dagli atti di gara a pena di esclusione erano nulle di diritto, quindi nemmeno suscettibili di annullamento bensì inesistenti. Per assurdo, un bando che richiedesse la presentazione delle offerte entro una certa data e ora, a pena di esclusione, era nullo limitatamente alle parole «*a pena di esclusione*».

Prima la AVCP e poi la giurisprudenza hanno cercato di rimediare a tali assurdità introducendo il concetto di "doverosità". La AVCP si è espressa nel senso che «*La formulazione letterale (!) dell'art. 46, comma 1-bis induce a ritenere che la esclusione possa essere disposta non solo nei casi in cui disposizioni del Codice o del Regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione. In termini più generali, ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligato", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione*». [5]

A seguire si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, la quale, dopo aver affermato che «*La nuova disposizione 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*», ha formulato le seguenti ipotesi:

- a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce *de plano* all'esclusione dell'impresa;
- b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'articolo 1339 c.c., alla etero integrazione del bando

---

<sup>4</sup> «*Sono esclusi dalla partecipazione ... i soggetti nei cui confronti è stata applicata ... altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.*»

<sup>5</sup> AVCP: «*Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro.*» Audizione del 29 settembre 2011.

e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);

- c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; [6] in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;
- d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

Per poi concludere, per quanto qui interessa, enunciando i seguenti principi di diritto:

- 1) sono legittime ai sensi dell'articolo 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti, le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali;
- 2) il "potere di soccorso" sancito dall'articolo 46, comma 1, del medesimo codice - sostanziandosi nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti o 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 - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

Giungere a questa conclusione non sarebbe stato difficile se si fosse data la giusta importanza alla prima parte del comma 1-bis dell'articolo 46: «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti...*»; quindi la sanzione dell'esclusione era già codificata all'interno della norma sulla tassatività nel senso che doveva operare non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dalle norme, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dalle stesse norme, ancorché non corredata dall'espressione "a pena di esclusione".

In conclusione: dopo tanti sforzi non era cambiato praticamente quasi nulla.

### **§ 3. Gli aspetti contraddittori.**

Prima di entrare nel merito delle nuove disposizioni è d'obbligo segnalare alcune contraddizioni insanabili della normativa, sotto il profilo testuale, accentuate dalla novella legislativa. In primo luogo tra il comma 1-bis e il comma 1-ter dell'articolo 46: il primo circoscrive le cause di esclusione ai soli inadempimenti alle norme di legge e del regolamento di attuazione del Codice dei contratti disponendo la nullità delle altre cause di esclusione

---

<sup>6</sup> *Incidentalmente il collegio, al Capo 6.1.4 della sentenza, precisa che il richiamo generico alle "leggi" nell'articolo 46 va inteso nel senso che deve trattarsi esclusivamente di leggi statali (quindi l'inosservanza di norme regionali non può essere causa di esclusione) e rinvia ad una costante giurisprudenza costituzionale sul punto.*

previste dal bando. Il secondo espande la disciplina del soccorso istruttorio dell'articolo 38, comma 2-bis, alle dichiarazioni che devono essere prodotte non solo in base alla legge, ma anche in base al bando e al disciplinare di gara.

In disparte la natura del "disciplinare di gara" che non è definito e viene citato per la prima volta nel Codice dei contratti, [7] ma è frutto solo di una prassi (condivisa) che consente di esplicitare le decine e decine di condizioni e di orpelli che nel bando non possono trovare collocazione fisica; se le disposizioni *ultra legem* o *extra legem* sono nulle o, nella migliore delle ipotesi, sono non essenziali o non indispensabili, non c'è ragione per estendere a queste il soccorso istruttorio dell'articolo 38, comma 2-bis, norma che esclude il soccorso istruttorio per tali inadempimenti "minori". Non godono di miglior sorte i commi 2 e 4 dell'articolo 74 che, in totale difetto di coordinamento, impongono la presentazione degli elementi prescritti non solo dal bando e dall'invito (altro atto non citato all'articolo 38 e all'articolo 46, comma 1-ter, ma che improvvisamente sbuca al comma 1-bis di quest'ultimo articolo) ma anche dal capitolato d'oneri, e che il comma 5 dello stesso articolo 74 qualifica come "essenziali" ampliando l'obbligo a fantomatici «*altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta*».

Si deve notare infine l'incongruenza in relazione ad alcuni ambiti contrattuali, quali:

- a) gli appalti dei servizi di progettazione, ai quali si applicano gli articoli 38 e 46 del Codice, ma non l'articolo 75 sulla cauzione provvisoria; [8]
- b) gli appalti nei settori speciali, ai quali si applicano gli articoli 38 e 46, commi 1 e 1-bis, del Codice, ma, ai sensi dell'articolo 206, comma 1, non è obbligatoria l'applicazione né dell'articolo 46, comma 1-ter (evidente errore di coordinamento) né dell'articolo 75.

#### **§ 4. Introduzione alla novella.**

La nuova disposizione giunge a sconvolgere prassi che ormai, se non proprio consolidate, erano state digerite dalle varie Stazioni appaltanti. Per semplicità (!?) espositiva definiamo:

- a) inadempimenti essenziali: la mancanza o l'incompletezza degli elementi o delle dichiarazioni sostitutive e ogni altra irregolarità essenziale degli stessi elementi e delle stesse dichiarazioni sostitutive;
- b) inadempimenti non essenziali: la mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili; si noti che la mancanza o l'incompletezza degli "elementi" non pare rientrare in questa fattispecie ma pare ricondotta alla fattispecie sub. a);
- c) inadempimenti autoescludenti, dove non pare abbia senso il soccorso istruttorio: quelli che emergono *de plano* sin dalle dichiarazioni originali, dalle quali risultino palesemente la presenza di cause di esclusione o il possesso di requisiti insufficienti o inadeguati; in questo caso è difficile parlare di "mancanza" della dichiarazione o attribuire alla stessa il carattere di "irregolarità", trattandosi di prova della causa di esclusione prodotta dal diretto interessato (articoli 2702 e 2730 del codice civile), una sorta di autodenuncia o

---

<sup>7</sup> In realtà il Codice prevede un "disciplinare di gara" all'articolo 153, comma 7, in materia di finanza di progetto, ma con contenuti e finalità del tutto diverse, avente le funzioni di capitolato prestazionale o di linee guida per l'offerta.

<sup>8</sup> Disapplicazione prevista dall'articolo 268 del d.P.R. n. 207 del 2010, della cui legittimità si potrebbe dubitare sotto il profilo della conformità alla delega conferita dal Codice.

autoconfessione. [9]

d) inadempimenti irrimediabili, dove non pare esista soccorso istruttorio possibile:

- quelli della seconda parte del primo periodo del comma 1-bis dell'articolo 46: «*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali*» (intesi come elementi essenziali dell'offerta);
- quelli della terza parte del primo periodo del comma 1-bis dell'articolo 46: «*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*»;
- quelli che sono irrimediabili per natura: tardività nella presentazione dell'offerta, sussistenza effettiva e accertata della cause di esclusione di cui all'articolo 38 *et similia*.

Incidentalmente si deve notare l'assonanza tra "difetto ... di altri elementi essenziali" della seconda parte del primo periodo del comma 1-bis dell'articolo 46 con "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi ..." del comma 2-bis dell'articolo 38. Tale assonanza sembrerebbe ricondurre il difetto di altri elementi essenziali dell'articolo 46, comma 1-bis, nel perimetro dell'obbligo di soccorso istruttorio; si ritiene invece che per la collocazione delle parole nel contesto, si intendano altri elementi essenziali riferiti esclusivamente all'offerta o al suo contenuto e non alla documentazione, quindi estranei all'argomento in discussione. Se il soccorso istruttorio fosse esteso agli elementi o al contenuto dell'offerta le incertezze generate dalla norma si trasformerebbero in caos. E' necessario quindi dare rilievo al comma 1 dell'articolo 46 che, in conformità al diritto comunitario, circoscrive il soccorso istruttorio agli adempimenti di cui agli articoli da 38 a 45; questo anche se nella realtà, con la nuova norma, deve essere ammesso pure in relazione almeno agli articoli 36, 37, 47, 49 e 75, nonché, se dovesse consolidarsi la non condivisibile interpretazione sul cosiddetto "subappalto necessario", all'articolo 118, comma 2, numeri 3) e 4).

In disparte la distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, tra elementi e dichiarazioni e tra dichiarazioni indispensabili e non indispensabili, la norma è caratterizzata da «... *un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative* ...» [10] e offre solo quattro punti fermi, al momento fuori discussione:

- 1) il soccorso istruttorio è **obbligatorio** (doveroso per la Stazione appaltante) in tutti i casi di inadempimenti essenziali, mediante la procedimentalizzazione introdotta dal comma 2-bis dell'articolo 38; [11] smentendo quanto sostenuto dal Servizio studi del Senato secondo il quale la stazione appaltante avrebbe «... *la facoltà di consentire la regolarizzazione in luogo dell'esclusione dalla gara*»; [12]
- 2) l'esclusione dal procedimento come sanzione legittimata unicamente dall'omesso rimedio all'inadempimento essenziale, entro il termine **perentorio** assegnato dalla stazione

---

<sup>9</sup> *Una prova contro sé stesso liberamente formata e fornita dall'interessato; dal momento che nessuno è tenuto a produrre di propria iniziativa una prova contro sé stesso, la regola generale è quella secondo la quale le dichiarazioni di scienza contro il loro autore possono avere efficacia probatoria.*

<sup>10</sup> *Testuale: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 31 luglio 2014, n. 16 (sulla quale si ritorna più avanti).*

<sup>11</sup> *Consiglio di Stato, A.P., citata.*

<sup>12</sup> *Dossier n. 159 dell'agosto 2014, Atti Senato n. 1859, pagina 268.*

appaltante (e non più dall'inadempimento originario, ancorché essenziale) [13]; per mancato rimedio si intende sia la mancata risposta che una risposta inidonea o la presenza specifica di cause di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis;

3) la sanzione amministrativa colpisce l'inadempimento essenziale in quanto tale, è dovuta sia dal concorrente che viene riammesso che dal concorrente che viene escluso; in altri termini è dovuta a prescindere dalla circostanza che il concorrente sia poi ammesso, sia legittimamente escluso ai sensi del punto 2) o si sia autoescluso con rinuncia alla risposta alla richiesta istruttoria di cui al punto 1); sul punto la disposizione seppure irragionevole non necessita di chiarimenti (semmai di modifica), contrariamente, ancora una volta, a quanto sostenuto dal Servizio studi del Senato secondo il quale «*Andrebbe, altresì, chiarito se il pagamento sia comunque dovuto anche laddove il concorrente non intenda sanare la propria posizione nel termine assegnatogli*»; [14]

4) in caso di inadempimenti non essenziali la stazione appaltante **non richiede** la regolarizzazione, né ovviamente applica alcuna sanzione.

In buona sostanza se il concorrente è disposto a pagare la sanzione nella misura prevista dal bando, l'obbligo della presenza degli elementi e delle dichiarazioni si sposta dal momento della presentazione al momento della risposta alla richiesta istruttoria. La sanzione colpisce allo stesso modo l'inadempimento essenziale solo formale (mancata allegazione di una dichiarazione indispensabile) e la presentazione, su richiesta istruttoria:

- a) della dichiarazione mancante che attesti l'assenza di cause di esclusione e il regolare possesso dei requisiti, con relativa regolarizzazione;
- b) della dichiarazione falsa (che avrà anche le altre note conseguenze del caso);
- c) della dichiarazione dalla quale risulti la presenza di cause di esclusione o il possesso di requisiti insufficienti o inidonei.

Ovviamente i casi sub. b) e c) comporteranno, oltre alla sanzione, anche l'esclusione.

Si tratta di vedere poi se sono sanzionabili i cosiddetti "inadempimenti autoescludenti" e i cosiddetti "inadempimenti irrimediabili".

Quanto ai primi, per i quali il soccorso istruttorio può apparire un adempimento superfluo, si ritiene che siano sanzionabili, anche se la norma collega la sanzione all'istruttoria con la parole «*In tal caso ...*». Se la norma colpisce l'inadempimento in quanto tale, a prescindere dalle conseguenze, sarebbe stravagante sanzionare un inadempimento essenziale ma rimediabile e non sanzionare una mancanza o irregolarità essenziale già comprovate o autodichiarate dalla parte senza necessità di istruttoria; oppure subordinare la sanzione ad un soccorso istruttorio le cui conclusioni negative sono già state anticipate dallo stesso concorrente di propria iniziativa. Si realizzerebbe il paradosso di un concorrente che ha presentato sin dall'origine una dichiarazione dalla quale risulti palesemente la presenza di cause di esclusione o l'assenza radicale di requisiti, escluso in prima battuta senza soccorso istruttorio e senza alcuna sanzione. Naturalmente per permettersi il rischio di sanzionare ed escludere un concorrente senza

---

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, A.P., citata. L'esclusione si avrà anche nel caso dei cosiddetti "inadempimenti irrimediabili", che prescindono dal soccorso istruttorio e forse anche nel caso dei cosiddetti "inadempimenti autoescludenti" che potrebbero portare all'esclusione senza soccorso istruttorio, ma questa non è stata materia affrontata della sentenza.

<sup>14</sup> Dossier n. 159 dell'agosto 2014, citato.

transitare dal soccorso istruttorio la causa di esclusione deve sussistere in modo inequivocabile, possibilmente confortata da una rapida verifica d'ufficio ove esperibile.

Quanto ai secondi non pare vi sia soccorso istruttorio possibile per un'offerta tardiva o non sottoscritta o per un plico gravemente lacerato; prevedere un rimedio in questi casi sarebbe una inammissibile violazione della *par condicio*.

In altri termini il soccorso istruttorio è doveroso se si tratta di inadempimento, di per sé rimediabile, e non di ostacolo oggettivo accertato alla partecipazione. Non vi è soccorso istruttorio utile per una dichiarazione che riporti la sussistenza dell'interdizione antimafia o per il soggetto per il quale, incidentalmente, la Stazione appaltante abbia accertato la sussistenza della procedura fallimentare.

Al contrario i punti tutt'altro che fermi sono:

- 1) la sospensione o la continuità del procedimento principale in caso di soccorso istruttorio, ovvero se in caso di soccorso istruttorio l'apertura delle offerte è fatta solo dopo la conclusione dell'ammissione o dell'esclusione dei concorrenti ai quali è stato richiesto il rimedio all'inadempimento essenziale, oppure se si procede comunque all'apertura delle offerte, provvedendo all'ammissione o all'esclusione dei concorrenti "soccorsi" eventualmente anche dopo la formazione della graduatoria o il calcolo delle soglie di anomalia;
- 2) l'efficacia della copertura della sanzione mediante la cauzione provvisoria;
- 3) l'ammissione anche in pendenza del pagamento della sanzione;
- 4) la distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, tra elementi e dichiarazioni e tra dichiarazioni indispensabili e non indispensabili. Quest'ultimo punto, contrariamente a quanto può apparire, è forse il meno complicato: l'esperienza di questi anni dovrebbe aver aiutato a tracciare un confine, anche se non sempre netto, tra i due diversi ambiti.

## **§ 5. La procedimentalizzazione**

Si è accennato alla doppia interpretazione, sulla sospensione o meno del procedimento di gara, causata dall'ambiguo significato dell'avverbio "successivamente" nell'ultimo periodo del comma 2-bis: «*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*». [15] Ovvero se il nuovo soccorso istruttorio (con relativa esclusione o regolarizzazione) sospenda il procedimento principale prima dell'apertura delle offerte, in quanto si caratterizza come sub-procedimento presupposto alla prosecuzione della gara, oppure può essere fatto senza sospensione del procedimento principale, caratterizzandosi come sub-procedimento in parallelo anche se, ovviamente, andrà poi sarà considerato nella conclusione del procedimento con la conservazione o l'espulsione dell'offerta del concorrente soccorso.

---

<sup>15</sup> *Da notare ancora una volta la terminologia equivoca usata dal legislatore: in questa fase l'ammissione, la regolarizzazione o l'esclusione non riguarda affatto le "offerte" bensì i "concorrenti"; le offerte di norma sono ammesse o escluse (e mai regolarizzate) per vizi propri dopo che i relativi concorrenti sono stati ammessi o regolarizzati.*



Il senso del citato ultimo periodo non è comprensibile. In primo luogo «*Ogni variazione che intervenga ...*» significa forse che è travolto il comma 2 dell'articolo 48, che impone, a determinate condizioni, la determinazione della nuova soglia di anomalia?

E una pronuncia giurisdizionale che annulla le esclusioni o annulla le ammissioni dei primi in graduatoria non rileva né per le medie né per le soglie, anche se questo dovesse comportare il ribaltamento della graduatoria? E se la pronuncia riduce il numero dei concorrenti ammessi al di sotto di 5 o di 10 rendendo inapplicabile medie e soglie, il miglior offerente resterebbe comunque anomalo? O al contrario, se la pronuncia riammette concorrenti esclusi portando il numero delle offerte idonee oltre il numero di 5 o di 10, il miglior offerente iniziale resterebbe tale o diverrebbe automaticamente anomalo?

E le richieste finalizzate al soccorso istruttorio, se relative a più di un concorrente, devono essere inviate a tutti contemporaneamente e con l'assegnazione del medesimo termine a tutti? Sono condizioni che influiscono sulla *par condicio*? Gli atti del sub-procedimento sono pubblici?

Tutte domande senza risposta; salvo l'ultima: gli atti sono pubblici salvo quelli relativi a dati sensibili [16] che restano accessibili solo agli interessati e ai diretti controinteressati.

### **§ 5.1. Il soccorso istruttorio come sub-procedimento presupposto**

Una prima interpretazione, in sé ragionevole ma in totale contrasto con i conclamati principi di semplificazione e celerità, è quella dello schema che potremmo definire classico: in presenza dell'inadempimento essenziale, la Stazione appaltante richiede il rimedio al concorrente, assegnando un termine perentorio.

La seduta di gara è sospesa e riprende quando sono pervenuti i riscontri alle richieste o, in assenza di risposte, è spirato il termine perentorio assegnato. Alla ripresa della seduta si operano le ammissioni e le esclusioni con gli ordinari e noti criteri. Ovviamente in caso di inadempimenti essenziali nelle risposte non sarà possibile un secondo soccorso istruttorio; gli inadempimenti non essenziali intrinsecamente connessi alle risposte non hanno rilevanza come non l'avevano in origine. Si è definito questo come schema classico ma nella realtà spesso non si ricorre ad alcuna sospensione, ritenuta superflua, in quanto è sempre stato possibile adeguare la graduatoria finale con l'accoglimento delle risultanze del soccorso istruttorio o anche dopo un giudizio di annullamento. [17]

L'ultimo periodo del comma 2-bis in questo caso risulta totalmente incomprensibile: la graduatoria e le relative medie e soglie di anomalia seguono sempre (sono calcolate "successivamente") alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, quindi non si comprende quali variazioni possano intervenire se non per eventuali annullamenti giurisdizionali (citati dalla norma quasi come un riempitivo) o annullamenti in autotutela. Peraltro si tratta di una conclusione opposta all'analoga fattispecie disciplinata dall'articolo 48, comma 2, del Codice dei contratti.

Secondo questa interpretazione è introdotto un ulteriore segmento procedimentale che

---

<sup>16</sup> Ad esempio quelli sulle condizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettere b) e c).

<sup>17</sup> Nelle gare con il criterio dell'offerta di prezzo mediante semplici operazioni aritmetiche, nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di quanto affermato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 luglio 2012, n. 30.

rallenta la gara e, per essere condivisa e avere un senso, l'ultimo periodo andrebbe letto, con una certa difficoltà, come se fosse scritto «*Ogni variazione che intervenga ... successivamente all'aggiudicazione, non rileva ...*». La controindicazione a tale soluzione è la moltiplicazione delle sedute di gara.

L'argomento non sarebbe completo senza considerare la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 31 luglio 2014, n. 16 che, seppure riferendosi a una vicenda anteriore al decreto-legge n. 90, ne fa cenno nei termini che seguono: «*Nonostante, al momento della redazione della presente decisione, la disposizione ... ancorché non applicabile direttamente alla presente controversia ... offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante)*». Sembrerebbe di capire che il collegio propenda per la cosiddetta "interpretazione del sub-procedimento presupposto" nel senso che l'apertura delle offerte avviene solo una volta cristallizzata la situazione delle ammissioni ed esclusioni. Tuttavia, sul punto specifico, l'argomentazione non dovrebbe avere funzione nomofilattica non essendo direttamente connessa con i principi di diritto enunciati dalla sentenza, di cui si dirà nel seguito.

## **§ 5.2. Il soccorso istruttorio come sub-procedimento parallelo**

L'interpretazione alternativa, che non è facile definire ragionevole ma risponde ai principi di semplificazione e celerità, è quella della continuità della seduta di gara; il concorrente inadempiente resta concorrente (secondo la nota prassi dell'ammissione "con riserva" utilizzata nei casi di soccorso istruttorio), e si procede nella gara mediante l'apertura delle offerte in caso di criterio dell'offerta di prezzo, con la nomina della commissione e all'apertura delle offerte tecniche in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il tutto senza attendere le conclusioni del soccorso istruttorio.

In questo caso le variazioni che non rilevano ai fini delle medie e delle soglie sarebbero proprio quelle derivanti dalle ammissioni, regolarizzazioni o esclusioni per mancata regolarizzazione. Anche in questo caso la variazione avviene "successivamente" alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, anche se immediatamente dopo e senza soluzione di continuità. In questa ipotesi l'ultimo periodo andrebbe letto, con la medesima difficoltà, come se fosse scritto «*Ogni variazione che intervenga ... successivamente in seguito all'ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non rileva ...*».

E' altamente probabile, in ragione dei diversi tempi, che nelle gare con il criterio dell'offerta di prezzo il riscontro dei concorrenti soccorsi giunga ad offerte aperte con graduatoria definita e, nei casi sia ammessa l'esclusione automatica delle offerte anomale, con aggiudicazione provvisoria effettuata. In questo caso, intangibili le medie e le soglie, gli ammessi e i regolarizzati confermerebbero la propria posizione in graduatoria e gli esclusi sarebbero espulsi, senza che la graduatoria subisca modifiche. La controindicazione a tale soluzione è che concorrenti inidonei per qualunque motivo (esclusi in seguito a mancata regolarizzazione in

sede di soccorso istruttorio) contribuiscono alla formazione della graduatoria e alla determinazione di medie e soglie, e anche tale conclusione appare francamente censurabile. Tuttavia si tratta di una procedura apparentemente conforme all'articolo 56, paragrafo 2, primo comma, della direttiva comunitaria 2014/24, che ammette l'inversione procedimentale tra valutazione dell'offerta e valutazione delle ammissioni e qualificazioni. [18]

Inoltre il nostro ordinamento già conosce diverse fattispecie di esclusione posteriori all'esame delle offerte, per fatti antecedenti l'apertura di queste ultime, riguardanti le condizioni del concorrente, ad esempio: la verifica dei collegamenti e controlli ex articolo 38, comma 1, lettera m-quater) e comma 2, ultimo periodo; la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario provvisorio ex articolo 48, comma 2; le verifiche generiche a campione sui requisiti generali ex articolo 38, comma 3, in combinato con gli articoli 43 e 71 del d.P.R. n. 445 del 2000; l'impegno alla costituzione del raggruppamento di cui all'articolo 37, comma 8, ammesso anche quando unito (fisicamente) all'offerta e non incluso nella documentazione amministrativa per l'ammissione, [19] o la dichiarazione sull'entità dei costi di sicurezza aziendali di cui all'articolo 86, comma 4, secondo periodo.

Nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il riscontro giungerebbe prima o durante l'esame delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice. Quindi i concorrenti ammessi in origine e quelli regolarizzati proseguirebbero la loro corsa senza interruzione, gli esclusi sarebbero espulsi dal procedimento senza compromettere alcunché essendo impossibile che l'esclusione si concretizzi a graduatoria definitiva (ma anche se ciò accedesse, in caso di pochi concorrenti e di una commissione composta da lepri, si ricadrebbe nel caso precedente).

Su quale delle due interpretazioni debba prevalere, lo sapremo solo vivendo; per il momento siamo nella situazione che negli scacchi è detta Zugzwang e chi scrive è la persona meno indicata ad offrire una soluzione.

### **§ 5.3. La modesta rilevanza pratica dell'invarianza delle medie e delle soglie.**

Alla condizione di invariabilità delle medie e delle soglie è necessario non dare maggior importanza di quella reale, a ben vedere essa incide solo nelle gare con il criterio dell'offerta di prezzo dove sia stata scelta, in quanto possibile, l'esclusione automatica. [20]

Infatti negli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (dove non ci sono medie ma solo soglie) o con il criterio dell'offerta di prezzo ma senza esclusione automatica, in qualunque momento si consolidi l'ammissione, l'esclusione o la regolarizzazione, che peraltro saranno sempre anteriori all'aggiudicazione provvisoria, è agevole intervenire, in quanto le soglie che individuano le offerte anormalmente basse, che vengano o meno modificate

---

<sup>18</sup> «Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione .... Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione ... sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso ...».

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2001, n. 1708; sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 623; sez. V, 20 agosto 2008, n. 4009; sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2016.

<sup>20</sup> 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.

non cambia nulla, comportano solo una rivalutazione delle offerte da sottoporre alle giustificazioni in contraddittorio, ai sensi degli articoli 86 e 87 del Codice dei contratti, in altri termini non pregiudicano l'esito della gara.

Nelle sole gare con il criterio dell'offerta di prezzo dove sia stata scelta l'esclusione automatica delle offerte anomale, che in genere si svolgono in una sola seduta, se è logico che concorrenti idonei in quanto regolarizzati, possano insinuarsi nella graduatoria fino alla possibilità, per uno di essi, di risultare vincitore in base, è meno logico che questo avvenga in base a dei calcoli ai quali la sua offerta non ha contribuito, o in base a dei calcoli ai quali ha invece contribuito un concorrente non regolarizzato e quindi escluso.

#### **§ 6. La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2014.**

Sull'intero sistema si stende la citata sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 31 luglio 2014, n. 16, della quale non possono essere ignorati i principi di diritto (a dir poco dirompenti rispetto alle prassi consolidate), affermati in relazione alla normativa previgente, ma che confluiscono pienamente nel nuovo impianto normativo:

- «a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 d.lgs. cit. può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;*
- b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;*
- c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio».*

In altre parole, una dichiarazione generica del tipo *«Il sottoscritto X, rappresentante legale del concorrente Y, dichiara che per tutti i soggetti di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 163 del 2006, riconducibili a questa impresa, alle imprese Y1, Y2, Y3 mandanti del raggruppamento e all'impresa ausiliaria Z, non sussiste alcuna delle cause di esclusione di cui al citato articolo 38»* è perfettamente ammissibile e, se sono individuate le imprese citate, non è né necessario né possibile il soccorso istruttorio. Questa pronuncia, inconsapevolmente (essendo anteriore alla nuova norma), fa transitare almeno le dichiarazioni relative a tutte le informazioni acquisibili d'ufficio tra quelle "non indispensabili".

In realtà l'oggetto della pronuncia era incardinato su un disciplinare di gara che richiedeva genericamente *«di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006»*, circostanza che potrebbe aver influito sulla decisione, ma la conclusione non cambia. Né trova ingresso l'obiezione secondo cui le cause di cui all'articolo 38 in parte si riferiscono a persone fisiche e in parte a persone giuridiche o al concorrente come operatore economico, dal momento che l'attestazione omnicomprensiva deve essere intesa nel senso che il suo contenuto è riferito, di volta in volta, alla persona giuridica concorrente o alle persone fisiche munite di poteri. Peraltro, l'assenza dell'indicazione delle singole persone fisiche può essere superata senza eccessivi sforzi mediante la consultazione dei registri camerali. Difficilmente tuttavia la semplificazione contemplata

dall'Adunanza Plenaria può essere estesa, ad esempio, all'articolo 38, comma 1, lettera m-  
quater), per la quale il comma 2, quinto periodo, richiede una dichiarazione specifica.

Il giudice ha dunque offerto in anticipo una prima risposta, anche se limitata alle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del Codice, all'osservazione del Servizio Studi del Senato: «... *la disposizione non chiarisce quando le irregolarità possano definirsi "essenziali" e quando le dichiarazioni possano considerarsi "non indispensabili"; tale valutazione è rimessa infatti alla discrezionalità della stazione appaltante ...*». [21] In realtà la valutazione è rimessa alla "responsabilità" e non certamente alla "discrezionalità" della Stazione appaltante.

Restano una serie di dichiarazioni estranee all'articolo 38, solo per citarne alcune quelle di possesso dei requisiti economico-finanziari, tecnico organizzativi e professionali, le informazioni in materia di raggruppamenti temporanei (quote di partecipazione se orizzontali, categorie assunte se verticali, ambedue se misti) e in materia di avvalimento, le incompatibilità per raggruppati, consorziati, ausiliari e progettisti. Tra gli elementi (termine a sua volta ambiguo): la cauzione provvisoria, le referenze bancarie [22], l'impegno a conferire mandato per la costituzione del raggruppamento [23], il contratto di avvalimento.

Potrebbe poi imporsi (non ci stupiremmo) la soluzione della sufficienza anche di una dichiarazione generica del tipo «*Il sottoscritto X, rappresentante legale del concorrente Y, dichiara che l'impresa, così come tutte le imprese mandanti del raggruppamento Y1, Y2, Y3, sono in possesso dei requisiti economico-finanziari, tecnico-organizzativi e professionali idonei in conformità alle norme vigenti*»; in tal caso buona notte al soccorso istruttorio.

E' pertanto necessario che le Stazioni appaltanti rispettino l'obbligo di mettere a disposizione dei concorrenti modelli e formulari corretti (articolo 48 comma 2, del d.P.R. n. 445 del 2000, articoli 73, comma 4 e 74, commi 2-bis e 3, del Codice dei contratti). Se tali modelli e formulari saranno completi e il concorrente userà un minimo di diligenza nella loro compilazione (anche se non ha l'obbligo di utilizzarli), almeno per quanto riguarda le dichiarazioni (per gli elementi è un altro discorso) non ci saranno irregolarità essenziali e sanzioni, non ci sarà bisogno di alcun soccorso istruttorio e, probabilmente, non ci saranno nemmeno irregolarità non essenziali.

L'esame delle dichiarazioni dovrà pertanto essere attentamente valutato dal concorrente prima e dalla Stazione appaltante poi, tenendo presente i principi interpretativi previsti dall'ordinamento, quali, ad esempio, che le clausole inserite in moduli o formulari predisposti da una parte s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altra parte (articolo 1370 del codice civile). Se l'irregolarità è causata indirettamente dalla Stazione appaltante, in quanto ha redatto atti di gara carenti o con clausole equivoche, oppure ha messo a disposizione moduli o formulari che inducono in errore il concorrente e l'inadempimento di quest'ultimo discende direttamente da tale errore, [24] la sanzione non potrebbe essere irrogata per assenza dell'elemento soggettivo, secondo il principio dell'articolo 3, secondo comma, della legge n. 689 del 1981. [25]

---

<sup>21</sup> Dossier n. 159 dell'agosto 2014, citato.

<sup>22</sup> Che potrebbero però essere equiparate alle "dichiarazioni di terzi" ex articolo 46, comma 1-ter.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Ex multis Consiglio di Stato, sezione V, 7 luglio 2014, n. 3449.

<sup>25</sup> «Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa».

Sulla scia della copiosa giurisprudenza in materia di riammissione di un concorrente escluso per inadempimento incolpevole (che, come detto, dovrebbe comportare anche l'inapplicabilità della sanzione appunto per assenza della colpa), sul grado di consapevolezza dell'inadempimento in relazione alla professionalità del concorrente e dell'eterointegrazione degli atti di gara in caso di clausole previste dalle norme e non riportate in tali atti, sulla loro natura espulsiva in caso di inadempimento, la nuova norma avrà un effetto moltiplicatore del contenzioso.

## **§ 7. Altre problematiche del soccorso istruttorio.**

Devono essere scandagliati almeno tre ulteriori aspetti del nuovo soccorso istruttorio: il significato da attribuire al termine "regolarizzazione" cioè la condizione che consente al concorrente di proseguire utilmente nel procedimento, il soccorso istruttorio in sede di esame dell'offerta, la reiterazione del soccorso istruttorio e la possibilità del "soccorso istruttorio di secondo livello".

### **§ 7.1. La regolarizzazione come conferma o come innovazione.**

La questione è di immediata comprensione: nel regime previgente la regolarizzazione in seguito al soccorso era di natura formale. Dovevano essere regolarizzate dichiarazioni afferenti condizioni già in essere, non era ammessa l'introduzione di condizioni nuove. Tutti sappiamo come, bene o male, funzionava. Proviamo ad applicare il medesimo principio in vigenza della nuova norma: se è omessa la dichiarazione di regolarità contributiva [26] e questa è presentata in seguito al soccorso istruttorio, la regolarità deve comunque sussistere al momento della presentazione dell'offerta, non deve essere maturata nei 10 giorni successivi alla richiesta. Se non sono state indicate le quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo, potranno essere indicate su richiesta, ma il raggruppamento intrinsecamente idoneo e completo, deve essere evidenziato (ed essere legittimamente costituibile) al momento della presentazione dell'offerta. Continuando fino all'estremo, se la cauzione viene omessa, è solo perché è stata dimenticata (in ufficio) e presentata in seguito a richiesta, non è ammesso che sia presentata una cauzione formata e sottoscritta nei 10 giorni successivi alla richiesta. E si potrebbe continuare. Così andrebbe applicato il nuovo soccorso istruttorio nel rispetto dei principi della *par condicio* come avveniva in precedenza.

La lettera della norma sembra invece consentire un'interpretazione diversa con le crude espressioni dell'articolo 38, comma 2-bis «*La **mancanza** ... la stazione appaltante assegna al concorrente un termine ... perché **siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni** (e gli elementi ? - n.d.r.) **necessarie** ...*» e dell'articolo 46, comma 1-ter «*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** ...*». Come a dire, "caro concorrente, quello che non hai fatto lo puoi fare adesso". Estremizzando il significato di "mancanza", rafforzata da "ogni ipotesi di mancanza", "degli elementi" e "anche di soggetti terzi", un concorrente singolo, sprovvisto dei requisiti, omessa qualunque dichiarazione, a richiesta istruttoria presenta le dichiarazioni proprie e di terze imprese mandanti, corredate dall'impegno a costituirsi in raggruppamento o le dichiarazioni e i contratti di avvalimento, anch'essi mancanti in origine. Oppure, tornando ad un esempio iniziale, non solo non presenta la cauzione ma nemmeno la costituisce, limitandosi a

---

<sup>26</sup> *Sempre fatte salve le precedenti argomentazioni in tema di dichiarazioni cumulative.*

costituirla e presentarla solo su richiesta istruttoria.

Con questa seconda interpretazione tutto il nuovo sistema si ridurrebbe ad una proroga alla presentazione di qualunque atto, accordata “a pagamento” ai concorrenti che siano disposti a subire la sanzione pecuniaria. E buonanotte anche alla *par condicio*.

### **§ 7.2. Il soccorso istruttorio in sede di esame dell’offerta.**

Diamo per scontato che non sia ammesso il soccorso istruttorio sull’offerta per mancata sottoscrizione o incertezza assoluta di contenuto e provenienza (anche se ci si guarda bene di darlo per certo, anche la sottoscrizione è un “elemento”), sui plichi e sulle buste lacerati e, men che meno, sul contenuto di merito dell’offerta tecnica o dell’offerta economica.

Tuttavia non può essere disconosciuta l’applicazione della nuova norma agli elementi e alle dichiarazioni che, seppure estranei al contenuto e alla provenienza dell’offerta, ne possono costituire corredo essenziale. Si tratta in primo luogo di alcune dichiarazioni che possono essere omesse nella normale documentazione amministrativa e apposte direttamente sull’offerta. [27] Seguendo l’argomentazione del Consiglio di stato in materia di collocazione dell’impegno a costituirsi in raggruppamento, perfino la cauzione provvisoria potrebbe essere collocata nella busta interna dell’offerta. [28]

Si rammenta che la ripartizione per buste distinte all’interno del plico è frutto di una prassi inevitabile ma né il Codice né il regolamento la prescrivono anzi, usano indistintamente i termini plico (o plico dell’offerta) e busta (o busta dell’offerta) e solo con l’articolo 4, comma 2, lettera b), della legge n. 106 del 2011, all’articolo 38, comma 2, ultimo periodo, compaiono le “buste contenenti l’offerta economica” quale involucro distinto dalla verifica delle condizioni di ammissione dei concorrenti. E veramente dovrebbe pagare la sanzione il concorrente che richiesto della cauzione provvisoria apparentemente mancante, dovesse rispondere che essa è stata collocata nella busta interna dell’offerta economica (se si accerta poi che è veramente così)? Certamente no. Come non può essere sanzionato il concorrente che, a riscontro del soccorso istruttorio, prova che la stazione appaltante è incorsa in un errore di fatto (non è stato visto il documento o la dichiarazione che si è presunta mancata) o ha fatto una richiesta illegittima (richiedendo un adempimento non essenziale); sperando che in quest’ultimo caso le parti siano tanto intelligenti da non costringere il concorrente a ricorrere al giudice.

In una medesima gara potrebbero quindi verificarsi due diverse sequenze di soccorso istruttorio, la prima in seguito agli inadempimenti essenziali connessi alla documentazione amministrativa (requisiti ed altro), la seconda in seguito ad inadempimenti essenziali connessi ad elementi o dichiarazioni a corredo dell’offerta.

E l’eventuale doppio soccorso istruttorio potrebbe riguardare, ricorrendone le condizioni, il medesimo concorrente? Eccezionalmente sì, anche se dovrebbe essere un’eventualità rara e comunque non sanzionabile (si spera) per la seconda volta.

Questa problematica suggerisce che la semplificazione si avrebbe solo con il soccorso istruttorio come sub-procedimento parallelo ai sensi del paragrafo 5.2, in modo che le richieste di regolarizzazione siano complete e indirizzate a tutti i concorrenti ammessi con riserva negli

---

<sup>27</sup> Si vedano gli esempi al paragrafo 5.2, quarto capoverso.

<sup>28</sup> L’articolo 75, comma 1, si apre con le parole «L’offerta è corredata da una garanzia ...».

stessi termini, almeno per il rispetto di una parvenza di parità di trattamento. Naturalmente nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il doppio soccorso istruttorio non può essere scongiurato in assoluto, dal momento che l'apertura dell'offerta economica avviene sempre previa una soluzione di continuità con la fase di ammissione e, normalmente, intermediata da un lasso di tempo anche di uno o due mesi.

### **§ 7.3. La reiterazione del soccorso istruttorio.**

Mentre il doppio soccorso istruttorio di cui al paragrafo precedente è immanente alla circostanza della separazione netta tra la fase di ammissione e la fase di offerta, la reiterazione consegue a comportamenti della Stazione appaltante che non ha formulato con le necessarie chiarezza e completezza la richiesta di rimedio all'inadempimento essenziale.

E' doveroso per la Stazione appaltante, in sede di richiesta istruttoria, indicare il contenuto delle dichiarazioni e i soggetti che le devono rendere (o devono fornire gli elementi). Se la risposta non esaustiva da parte del concorrente soccorso deriva direttamente dalle mancate chiarezza e completezza della richiesta, si ricade nella fattispecie della possibile esenzione della responsabilità da parte del concorrente. Se il subprocedimento non è idoneo ad accertare la regolarizzazione per motivi imputabili alla Stazione appaltante, e questa non se la sente di chiudere gli occhi, avrebbe il dovere di reiterare la richiesta, tuttavia si dubita del dovere del concorrente, al di là della sempre auspicabile leale collaborazione, di fornire una nuova risposta. Resterebbe quale ultima scelta l'ammissione del concorrente per il quale poi, in caso di aggiudicazione o controllo a campione, accertare le condizioni che sono rimaste nel dubbio.

### **§ 7.4. Il soccorso istruttorio di secondo livello.**

Quello qui chiamato soccorso istruttorio di secondo livello non deve essere confuso con l'ipotetica reiterazione del soccorso istruttorio di cui al paragrafo precedente. Quella infatti deriva da comportamento imputabile alla sola responsabilità della Stazione appaltante, questo invece è imputabile generalmente al concorrente.

E' possibile che il riscontro del concorrente alla richiesta istruttoria non sia del tutto esaustivo o soddisfacente, ma non avere quelle carenze che ne determinano l'esclusione. La Stazione appaltante si troverebbe davanti ad un bivio: escludere il concorrente, poiché non riesce a ricostruire alcuni elementi essenziali, o ammetterlo pur sapendo che vi è un margine di possibilità che lo stesso concorrente non sia ammissibile alla gara.

Senza scomodare gli articoli 24, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione, i principi generali di buona amministrazione non verrebbero meno. Se necessario non si può escludere un soccorso istruttorio di secondo livello, a condizione che sia appunto indispensabile ai fini dell'esclusione o della mancata esclusione del concorrente. L'esame di tale indispensabilità ricade, ancora una volta, nella responsabilità della Stazione appaltante.

Il soccorso istruttorio di secondo livello è senz'altro doveroso almeno quando la Stazione appaltante, nella sua richiesta, non abbia assolto pienamente il dovere, in relazione alla documentazione da regolarizzare, di indicarne «... *il contenuto e i soggetti* (anche terzi - n.d.r.) *che le devono rendere*».

In ultima analisi, potrebbe accadere che tutta la problematica sull'essenzialità, arbitrarietà, carenza, incompletezza ecc. ecc. affrontata per anni in relazione al soccorso istruttorio in sede



di ammissione alla gara, si riproponga negli stessi termini in sede di regolarizzazione. E per la terza volta buona notte, questa volta alla semplificazione.

## **§ 8. La relazione tra cauzione provvisoria e sanzione pecuniaria.**

### **§ 8.1. La cauzione provvisoria.**

Andrebbe indagato come la cauzione provvisoria sia in grado di garantire il pagamento della sanzione. In primo luogo si oppone a tale conclusione l'articolo 12, comma 1, del Codice delle assicurazioni private approvato con il decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209: «Sono vietate ... le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative ... In caso di violazione del divieto il contratto è nullo e si applica l'articolo 167, comma 2». [29] Superare tale ostacolo non sembra agevole, nemmeno applicando i principi della successione delle leggi nel tempo o del rapporto tra legge generale e legge speciale.

Né è possibile richiedere la cauzione solo in forma di fideiussione bancaria, opponendosi a questa soluzione l'articolo 75, comma 3, del Codice dei contratti oltre che, per le pubbliche amministrazioni, l'articolo 1 della legge n. 348 del 1982. Sugli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico bancario è meglio stendere un velo pietoso visto che sul sito della Banca d'Italia è presente la seguente avvertenza «*Al momento nessuna società iscritta nell'elenco generale è abilitata a prestare garanzie nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 11 del DM n. 29/2009*».

Inoltre potrebbe accadere che la mancanza dell'elemento disciplinata dal nuovo comma 2-bis dell'articolo 38 riguardi proprio la cauzione. Aver introdotto in sede di conversione le parole "degli elementi" tra le parole «*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni ...*» pare far transitare anche l'assenza della cauzione provvisoria (e senz'altro le irregolarità della medesima come l'importo insufficiente, la scadenza anticipata, l'errore nell'individuazione del beneficiario, l'assenza di una particolare clausola tra quelle previste dall'articolo 75 ecc.) tra gli inadempimenti rimediabili e sanzionati. Si ricorda che anche prima della nuova norma parte, seppur minoritaria, della giurisprudenza riteneva sanabile l'assenza della cauzione provvisoria. [30]

Ma se fosse così, la sanzione non sarebbe affatto garantita dalla cauzione provvisoria, salvo che il concorrente, affetto da masochismo, decida di presentare o regolarizzare tale cauzione al fine di assolvere il pagamento della sanzione (visto che la legge non sembra prevedere lo stesso pagamento come indispensabile ai fini della regolarizzazione).

Infine, escussa in tutto [31] o in parte la cauzione provvisoria, si verifica la violazione implicita dell'articolo 75, comma 1, del Codice, in quanto l'offerta non sarebbe più "corredata" da una cauzione o, quantomeno, da una cauzione dell'importo previsto dalla predetta norma, innescando un ulteriore circolo vizioso. Difficile condividere la posizione di chi escute (o per meglio dire, tenta di escutere) la cauzione provvisoria ingiungendo al concorrente, a pena di

---

<sup>29</sup> «*La nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato ... In ogni caso non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative*».

<sup>30</sup> Consiglio di Stato, sez. III, citata.

<sup>31</sup> Possibile se la sanzione è fissata nella misura massima dell'1 per cento e la cauzione è dimezzata ai sensi dell'articolo 75, comma 8.

esclusione, di reintegrare la cauzione provvisoria amputata in seguito al pagamento della sanzione. Questa sarebbe un'ulteriore ipotesi di "doppio" soccorso istruttorio dall'esito incerto, un vero e proprio paradosso da «Comma 22» di Joseph Heller. [32]

Per contro, se è vero la cauzione provvisoria è posta a tutela della serietà dell'offerta, in assenza di reintegro (obbligo che non risulta sussistere almeno in via diretta) il concorrente regolarizzato sarebbe titolare di un'offerta meno seria delle altre?

Infine vi sarebbe una disparità di trattamento rispetto ai concorrenti sorteggiati ai sensi dell'articolo 48, comma 1, e agli aggiudicatari ai sensi degli articoli 48, comma 2, 75, comma 6 e 113, comma 4, tutte situazioni dove al concorrente in origine diligente sarebbe sottratto l'intero importo della cauzione provvisoria, mentre al concorrente negligente e regolarizzato ne sarebbe sottratta solo una parte o addirittura nulla, in relazione all'importo già escusso in fase di soccorso istruttorio.

### **§ 8.2. La sanzione pecuniaria.**

Premesso che non esiste soccorso istruttorio (legittimo, cioè per inadempimenti essenziali) senza sanzione, salvo i casi eccezionali già affrontati, si è già detto come la sanzione colpisca l'inadempimento essenziale, a prescindere dal suo rimedio. Nella norma non si rintraccia un subordinazione della regolarizzazione al pagamento della sanzione. In altri termini, cosa accade se il concorrente soccorso riscontra positivamente nei termini le richieste della Stazione appaltante e viene regolarizzato ma non corrisponde la sanzione? Questo può accadere se la cauzione non è escutibile per rifiuto del garante, [33] per inerzia della Stazione appaltante o perché non richiesta in base a disposizione normativa. [34]

La regolarizzazione, a riscontro positivo del soccorso istruttorio, non pare subordinata al pagamento della sanzione; infatti si tratta di sanzione e non di oblazione o di sanatoria. Ne consegue che la regolarizzazione avviene anche in assenza di pagamento della sanzione. Sarà poi dovere della Stazione appaltante attivarsi in modo da escutere la cauzione e, se questa operazione non ha esito favorevole, agire secondo le modalità previste dall'ordinamento. [35] Lo stesso qualora il concorrente rinunci alla regolarizzazione e non risponda al soccorso istruttorio, oppure risponda tardivamente, in modo inidoneo, con l'aggravante del caso in cui l'oggetto dell'adempimento sia proprio la cauzione provvisoria o una sua clausola essenziale che ne impedisca l'escussione: la Stazione appaltante dovrà trovare il modo legittimo per recuperare l'importo della sanzione.

E' curioso, ma non troppo, come alcune stazioni appaltanti abbiano già iniziato a cercare rimedio a tale inconveniente con la solita fantasia italiana, di cui si propongono alcuni esempi. Qualche stazione appaltante richiede una clausola in appendice alla cauzione con la quale il garante dichiara espressamente che la stessa copre anche l'eventuale sanzione. Purtroppo, o la novella legislativa ha superato l'ostacolo del codice delle assicurazioni private, e allora la clausola è inutile in quanto la copertura sarebbe già prevista normativamente, oppure tale

---

<sup>32</sup> Meglio noto per l'omonimo film di Mike Nichols: per i più raffinati o per chi non ha frequentato i cinema d'essai negli anni 70, si rinvia al paradosso di Jourdain, derivato dall'antico paradosso di Epimenide.

<sup>33</sup> Probabile, essendo il rifiuto tutt'altro che eccezionale, condizione tanto diffusa da essere segnalata come "allarmante" da Bankitalia in relazione ai fideiussori diversi da banche e assicurazioni.

<sup>34</sup> Appalti nei settori speciali e appalti di servizi di progettazione.

<sup>35</sup> Ci si chiede se siano applicabili i procedimenti previsti dalla legge n. 689 del 1981.

ostacolo sussiste e allora la clausola è doppiamente inutile, primo perché nulla (anche se la nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato), secondo perché illegittima (oltre che in contrasto con l'articolo 23 della Costituzione); inoltre l'assenza di tale clausola non potrebbe portare all'esclusione non rientrando nel perimetro delle cause "tassative", né potrebbe essere oggetto a sua volta di soccorso istruttorio, sia perché tardiva (sarebbe una clausola che si autoattribuisce la capacità di pagare una sanzione per la sua assenza come un gatto che si morde la coda), sia perché se non arbitraria almeno "non essenziale".

Altre stazioni appaltanti richiedono una doppia cauzione (in termini di legittimità peggio che andar di notte), imponendo che la seconda, a copertura della sanzione, sia fatta con assegno circolare al fine di superare l'ostacolo del Codice delle assicurazioni private.

Altre trasmettono una richiesta il cui tono tradotto dal burocratese è pressappoco il seguente: «Non mi interessa come fai, sappi che se entro 10 giorni non ci sono i soldi della sanzione sul conto della tesoreria sarai escluso a prescindere dalla conclusione del soccorso istruttorio», rendendo imperativo che tra le materie scolastiche sia ripristinata "Educazione civica" [36] o decolli almeno "Cittadinanza e costituzione" della legge Gelmini del 2008.

### **§ 8.3. Il dimenticato caso delle procedure ristrette.**

Se il sistema può funzionare (scusate la triste risata) nelle procedure aperte, del tutta diversa la questione nelle procedure ristrette. Va premesso che all'articolo 3 (Definizioni) del Codice dei contratti sono correttamente definiti i termini "candidato" e "offerente", secondo il noto significato; non è definito invece il termine "concorrente" che, al contrario, è utilizzato copiosamente nel testo dello stesso Codice. In genere al termine concorrente si attribuiva un significato generico che assorbiva in sé le due sottospecie, in quanto anche il candidato, se non concorre all'aggiudicazione, concorre all'invito. Sennonché proprio l'articolo 38, ai commi 2, 3 e 4, e l'articolo 46, al comma 1-bis, distinguono tra "candidato" e "concorrente", a questo punto facendo coincidere il termine "concorrente" con quello di "offerente". [37]

Questo per dire che se il nuovo comma 2-bis dell'articolo 38, si limita a trattare del "concorrente", tale comma (e l'intero impianto della nuova norma) non è applicabile ai candidati che chiedono di qualificarsi ed essere invitati alle procedure ristrette. Prova ne sia che ai candidati ovviamente non è richiesta alcuna cauzione provvisoria, che presenteranno solo unitamente all'offerta qualora invitati, diventando "offerenti" (o "concorrenti", che per il legislatore a tratti sembra la stessa cosa). Quindi alla fase di qualificazione nelle procedure ristrette continua ad applicarsi il soccorso istruttorio "vecchia versione", ovvero nei limiti dell'articolo 46, commi 1 e 1-bis (peraltro già in origine non pienamente compatibili tra di loro).

Appare scarsamente ragionevole che l'offerente possa "sanare" (si perdoni il termine) l'inadempimento entro il termine assegnato dalla Stazione appaltante, anche se pagando una sanzione, mentre il candidato sia molto meno tutelato nel senso che può essere soccorso solo in caso di incompletezza o equivocità delle dichiarazioni, ma non in caso di assenza delle stesse o di irregolarità o assenza degli "elementi".

---

<sup>36</sup> «Così magari recuperiamo la prossima generazione; la nostra, temo, è perduta», Beppe Severgnini, *Magazine del Corriere della Sera*, 10 luglio 2009.

<sup>37</sup> Distinzione confermata dall'articolo 79, comma 5-quinquies e dall'articolo 51, comma 1, dove i termini "candidato" e "concorrente" sono usati in contrapposizione tra di loro.

Quindi nelle procedure ristrette il nuovo comma 2-bis troverà applicazione solo in fase di offerta (e in casi oggettivamente limitati visto che in tale fase la produzione documentale è estremamente ridotta); resta tuttavia da individuare un procedimento accettabile nella precedente fase di qualificazione. Una proposta ragionevole sembra quella che, oltre ad applicare i precedenti commi 1 e 1-bis dell'articolo 46, anche ai candidati (nessuno ha mai avuto dubbi in proposito, almeno con riferimento al comma 1, dove il termine "concorrenti" dev'essere inteso nel senso più ampio di "operatori economici" [38]) si possa applicare l'articolo 38, comma 2-bis, limitatamente al soccorso istruttorio allargato agli elementi e alle dichiarazioni mancanti, a pena di esclusione (mancato invito) in caso di mancata soddisfazione, ma senza l'applicazione della sanzione pecuniaria.

A tale conclusione si giunge in base a tre considerazioni:

- a) l'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva dell'Unione europea n. 24/2014, che amplia il soccorso istruttorio ai documenti mancanti;
- b) la sanzione non può essere applicata per il principio di cui all'articolo 14 delle preleggi e all'articolo 1, secondo comma, della legge n. 689 del 1981;
- c) l'assenza della cauzione provvisoria in sede di candidatura.

Quanto alla considerazione sub. a) la norma comunitaria recita «*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*»; se tale procedimento è reso noto in anticipo negli atti di gara, i principi invocati saranno rispettati, oltre ad essere rispettata la ragionevolezza in relazione al procedimento. Il mancato adempimento alla richiesta di soccorso istruttorio comporterà l'esclusione del candidato (mancato invito), l'adempimento non potrà essere rinviato alla presentazione dell'offerta ostandovi all'invito l'articolo 62, comma 5, del Codice dei contratti.

Quanto alla considerazione sub. b), in presenza della dicotomia tra "candidato" e "concorrente" (offerente) presente nell'articolo 38, commi 2, 3 e 4, sarebbe arbitrario sanzionare un semplice candidato.

### **§ 9. Una triste conclusione.**

Per l'ennesima volta si introducono complicazioni inutili e inefficaci. Si ha la netta impressione di aver dimenticato almeno la metà dei problemi che l'idiozia delle nuove norme farà emergere in futuro, con i consueti corollari di paralisi amministrativa e inevitabili contenziosi. Infine ci sarà da divertirsi nel vedere come sarà applicato il sistema alle gare informatizzate o dalle centrali di committenza.

Si conclude con l'affermazione di un'attenta dirigente pubblica del Sud Tirolo che, letta la norma, ha scritto questa sconsolata mail: «*Secondo me a Roma la cannabis l'hanno già liberalizzata e a noi non l'hanno detto!*».

---

<sup>38</sup> In conformità all'articolo 51 della direttiva 2004/18.