

SOCCORSO ISTRUTTORIO

Il soccorso istruttorio è un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando così di essere esclusi dalla stessa. Tale Istituto deve il suo formale ingresso nell'ordinamento italiano alla Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26/07/1971 anche se tale definizione è abbastanza recente.

Per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto sul contenuto e i limiti del "c.d. soccorso istruttorio", attesa l'equivoca formulazione delle disposizioni normative in materia.

Dopo vari passaggi intermedi, il soccorso istruttorio oggi viene disciplinato dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 (nuovo codice degli appalti) ed è il frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art. 56, para 3, della Direttiva 24/2014/UE (Direttiva Appalti), la quale discende, a sua volta, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). A tal proposito, più in generale, può dirsi che le nuove Direttive comunitarie, in materia di appalti pubblici e concessioni, rappresentano in gran parte il frutto della funzione nomopoietica della stessa CGUE (funzione di formazione delle norme), quale organo che interpreta in modo concreto ed autentico le norme.

Il nuovo codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016) contiene rilevanti novità in merito al soccorso istruttorio rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'art. 38, comma 2bis, del D.Lgs. 163/2006 (comma introdotto a sua volta dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito nella L. n. 114/2014 "Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici").

In particolare viene in rilievo l'aspetto della **SANZIONE**: l'art. 38, comma 2bis, del D.Lgs. 163/06 prevedeva che, qualora la domanda di partecipazione fosse carente di documenti o dichiarazioni richieste dalla legge o dal disciplinare di gara, a pena di esclusione, l'operatore economico dovesse essere invitato dalla Stazione Appaltante a regolarizzare la propria posizione, procedendo alle integrazioni stesse. A fronte della regolarizzazione lo stesso operatore economico era tenuto a versare un certo importo a titolo di sanzione, non inferiore all'uno x mille dell'importo dell'appalto e fino ad un massimo di € 50.000. Ed è proprio in merito alla corresponsione della suddetta sanzione che è sorto un lungo dibattito tra l'orientamento unanime della giurisprudenza e l'ANAC (Determinazione n. 1 /2015).

Infatti secondo la giurisprudenza la sanzione andava applicata non solo quando il concorrente, incorso in un'irregolarità essenziale, avesse deciso di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui l'operatore economico, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venisse, di conseguenza, escluso dalla procedura di gara. In tal senso si sosteneva che è l'essenzialità dell'irregolarità a determinare in sé e per sé l'obbligo del

concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista nel bando di gara, a prescindere dalla circostanza che questi decidesse di aderire o meno all'invito, da parte della stazione appaltante, di sanare l'irregolarità medesima. Solo di fronte ad un'irregolarità non essenziale il concorrente non sarebbe tenuto a pagare la sanzione e, d'altra parte, la Stazione Appaltante non sarebbe tenuta ad esercitare il soccorso istruttorio.

L'**esclusione**, invece, ad avviso del suddetto indirizzo giurisprudenziale, sarebbe una conseguenza sanzionatoria diversa e in parte autonoma da quella pecuniaria; il concorrente, infatti, sarebbe incorso nell'esclusione solamente in caso di mancata ottemperanza all'invito di sanare l'irregolarità stessa da parte della stazione appaltante che avrebbe dovuto necessariamente esercitare. Quindi, il legislatore, con la previsione di cui all'art. 38, comma 2bis, del D.Lgs. 163/2006, ha voluto introdurre una sanzione pecuniaria la cui ratio giustificatrice si rinveniva nel concetto stesso di essenzialità dell'irregolarità: la sanzione non è sostitutiva né alternativa all'esclusione ma colpirebbe l'irregolarità in sé e per sé considerata, indipendentemente dal fatto che veniva sanata o meno dall'operatore economico. Nella stessa direzione si è mossa anche la Corte dei Conti. Nella relazione del Procuratore Generale, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, infatti, si legge che *"...la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare. Il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile"*.

L'ANAC, al contrario, per rispondere a diversi interrogativi circa la portata e conseguente corretta applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio emanò, all'indomani dell'introduzione del suddetto comma 2bis all'art. 38 e del comma 1-ter all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, la Determinazione n. 1/2015. Uno degli aspetti affrontati ha riguardato, appunto, l'irrogazione della sanzione al concorrente che avesse deciso di non avvalersi del soccorso istruttorio. Secondo l'ANAC la sanzione sarebbe strettamente correlata alla sanatoria delle irregolarità riscontrate; cosicché, in caso di mancata regolarizzazione, si sarebbe proceduto solo all'esclusione del concorrente dalla gara. Successivamente, con Comunicato del Presidente dell'Autorità menzionata del 25/03/2015, si è precisato che *"il nesso tra la sanzione e la sanatoria nascerebbe, da un alto, dall'esigenza di evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese e, dall'altro, dal principio di primazia del diritto comunitario che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria, anche se in corso di recepimento. Ed infatti la Direttiva appalti 2014/24/UE (in corso di recepimento all'epoca della Determinazione ANAC n. 1/2015) prevedeva la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso dei requisiti generali e speciali senza il pagamento della sanzione"*. Inoltre, la medesima Direttiva prevede all'art. 59, para 4, in materia di Documento di gara unico europeo (DGUE) che *"l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura"*, senza disporre il pagamento di alcuna sanzione.

Si fa altresì presente che, anche laddove la Direttiva non sia *self executing* e non trovi applicazione diretta nell'ordinamento giuridico, ha comunque una certa rilevanza giuridica quanto meno ai fini dell'interpretazione. La Direttiva 2014/24/UE, d'altro canto, ancorché non abbia subordinato l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria ma solamente

all'osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza, non esclude né bandisce come illegittima detta possibilità. Quest'ultimo è stato, poi, l'orientamento del legislatore interno, nonostante la Legge Delega n. 11/2016 e il Parere consultivo del C.d.S. n. 855/2016 abbiano invitato il Governo a prevedere la totale gratuità del soccorso istruttorio, in ossequio, tra l'altro, al cosiddetto divieto di "goldplating" sancito a livello nazionale dall'art. 32, comma 1, lett. c) della L. 234/2012 - *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea*. Da tale principio, dal quale pare che non si potesse prescindere in fase di recepimento delle Direttive, deriverebbe sostanzialmente il divieto per gli Stati membri di introdurre regole che comportino costi ed oneri aggiuntivi per le imprese e i cittadini rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario.

Infine una parte della dottrina sottolineava come la posizione dell'ANAC sarebbe comunque da preferire sotto il profilo della ragionevolezza giacché la sanzione in quanto tale presenterebbe profili di illegittimità sia in relazione alla disparità di trattamento tra le imprese in ragione delle loro condizioni economiche, sia in relazione al grave pregiudizio al principio della libera concorrenza. La previsione poi di una sanzione unica, non commisurata alla gravità dell'irregolarità, né alla capacità economica e finanziaria dell'operatore economico che concorre, rischierebbe di pregiudicare gli operatori più "deboli" addossando costi ed oneri che graverebbero su bilanci già magri o erodendo quel poco margine di utile "sperato" dagli stessi.

Da qui, esaminando la nuova disposizione contenuta nell'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, emergono una serie di DIFFERENZE e NOVITA' nella disciplina del soccorso istruttorio rispetto a quella contenuta nell'art. 38, comma 2bis, del D.Lgs. 163/06, ormai abrogato.

Si stabilisce infatti che:

- la sanzione è dovuta solo in caso di domanda incompleta;
- la sanzione non può essere superiore a € 5.000;
- la sanzione dovrà essere versata dall'operatore partecipante solo qualora questo decida di procedere alla regolarizzazione della domanda.

Si tratta di una novità assai rilevante la cui ratio giustificatrice va rinvenuta nel rispetto della libera iniziativa economica e dell'autonomia decisionale delle imprese.

Il nuovo Codice circoscrive comunque la portata dello strumento del soccorso istruttorio il quale non trova applicazione di fronte a carenze documentali insanabili e, in tal senso, ha il pregio di precisare cosa debba intendersi per **IRREGOLARITA' INSANABILI** definendole, appunto, come carenze afferenti all'offerta tecnica ed economica e, più genericamente, quali carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016).

Si pensi, per esempio:

- alla mancata indicazione dello sconto percentuale offerto o al mancato inserimento nella busta tecnica del progetto. Carenze, queste, che se venissero sanate comporterebbero una violazione della par condicio ed un vulnus alla trasparenza della gara stessa;

Da un punto di vista sostanziale la nuova Direttiva appalti e lo stesso art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, si contraddistinguono per aver ampliato il novero delle fattispecie “regolarizzabili”, nell’ottica di privilegiare, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare, gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale. Così, se la precedente Direttiva ammetteva esclusivamente la possibilità per gli operatori economici di “integrare” o “chiarire” certificati e/o documenti presentati, salvo poi le modifiche apportate nel corso degli anni da vari interventi legislativi, la Direttiva 24/2014/UE consente altresì di “presentare” e “completare” le informazioni o la documentazione richiesta dall’amministrazione aggiudicatrice. Tra l’altro giova sottolineare come le modifiche apportate dall’art. 39 del D.L. 90/2014, agli artt. 38 e 46 del D.Lgs. 163/2006 con l’introduzione, rispettivamente, del comma 2 bis e del comma 1 ter, avevano già ribaltato la precedente impostazione di ammettere esclusivamente le “integrazioni documentali”, riconoscendo la facoltà di regolarizzazione anche in caso di “mancanza”, “incompletezza” e di ogni altra “irregolarità essenziale” degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive. Dunque, qualsiasi carenza, omissione o IRREGOLARITA' è SANABILE con alcuni limiti insuperabili rappresentati dall’inalterabilità del contenuto dell’offerta, dal principio di segretezza della stessa, dalla certezza della sua provenienza e dal principio di inalterabilità delle condizioni di partecipazione alla gara. Il soccorso, quindi, è largamente ammesso con riferimento a tutti i requisiti di partecipazione.

L’art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, disciplina, inoltre, un terzo genere di irregolarità, ovvero le IRREGOLARITA' FORMALI caratterizzate dalla non essenzialità delle dichiarazioni prodotte in gara. E’ previsto in tal caso che la stazione appaltante proceda alla regolarizzazione attraverso lo strumento del soccorso istruttorio ma senza applicare la sanzione. Si pensi, per esempio, alla mancata indicazione della posizione Inps ai fini della verifica della regolarità contributiva oppure alla mancata indicazione dell’indirizzo dell’Agenzia delle Entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi tributari.

L’art. 83, comma 9, del nuovo codice degli appalti, disciplina infine il **PROCEDIMENTO PER LA REGOLARIZZAZIONE** stessa. E’ previsto, infatti, che il RUP, in presenza di irregolarità sanabili (perchè a fronte di irregolarità insanabili si procederà all’immediata esclusione) assegna all’operatore economico un termine entro cui dovrà procedere alle dovute integrazioni, non superiore comunque a 10 giorni. Il RUP dovrà altresì indicare sia l’operazione da compiere che i soggetti eventualmente tenuti all’integrazione.

La novità rispetto alla precedente disciplina essenzialmente consiste nel fatto che l’operatore economico, che intende regolarizzare e conseguentemente pagare la sanzione per rimanere in gara, deve allegare oltre alla documentazione integrativa anche il documento comprovante l’avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. Infatti nel D.Lgs. 163/2006 tale onere non era previsto, la posizione dell’operatore economico veniva regolarizzata pur senza aver pagato la sanzione, fermo restando la possibilità per la stazione appaltante di escutere la cauzione presentata dal partecipante. Dunque il nuovo codice prevede espressamente l’esclusione dalla gara

dell'impresa che integri la documentazione ma ometta di allegare l'attestato di avvenuto pagamento della sanzione.

Viene, altresì, espressamente previsto che la sanzione pecuniaria debba essere versata solo qualora l'operatore economico, partecipante alla gara, intenda procedere alla regolarizzazione della documentazione. Qualora, invece, decidesse di abbandonare la gara non è tenuto a pagare alcunchè. In ogni caso la sanzione dovuta non potrà essere d'importo superiore ad € 5000 rispetto alla somma precedente pari ad € 50.000.

CASO PRATICO

Per concludere, si riporta un caso tipico, verificatosi nell'esperienza concreta di una stazione appaltante nell'applicazione dello strumento del soccorso istruttorio, che mette in evidenza l'evoluzione dell'istituto medesimo nella sua interpretazione e conseguente applicazione. In presenza di documentazione contenente una dichiarazione in lingua originale non accompagnata dalla traduzione giurata in lingua italiana, in passato, l'amministrazione aggiudicatrice procedeva direttamente all'esclusione dalla gara del concorrente che aveva ommesso la traduzione giurata in lingua italiana di un documento attestante i requisiti di partecipazione, nel pieno rispetto del principio sancito espressamente dalla stessa Corte Costituzionale con sentenza n. 28 del 1982, in cui si legge testualmente che "la lingua italiana è la lingua ufficiale dello Stato, da usare obbligatoriamente, salve le espresse deroghe disposte a tutela di gruppi linguistici minoritari". Infatti, conformemente all'interpretazione del tempo circa l'ambito di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, la presentazione di atti non accompagnati dalla traduzione ufficiale equivaleva alla non produzione degli stessi e come tale comportava l'immediata esclusione. Oggi, invece, il soccorso istruttorio è uno strumento di generale applicazione di fronte ad ogni forma di irregolarità di elementi essenziali della documentazione di gara tranne le eccezioni esplicitamente previste. Dunque, è ragionevole pensare che l'amministrazione aggiudicatrice, in presenza di documentazione in lingua straniera, proceda con l'invito al concorrente di regolarizzare la stessa in quanto elemento essenziale ed indispensabile per la stazione appaltante.

Altro caso pratico è rappresentato dal mancato pagamento del contributo ANAC. La mancanza dell'attestato di avvenuto pagamento determina l'esclusione, trattandosi di irregolarità insanabile. Se invece ci si trova di fronte alla mancata allegazione dell'attestato di versamento comunque effettuato, si procederà alla regolarizzazione attraverso la dimostrazione che il pagamento è avvenuto nei termini previsti dal bando per la presentazione della domanda stessa.

Dott.ssa Paola Pignolo