**L‘EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO**

 **a cura di Francesca Di Mezza\***

I principi di buona fede e di leale collaborazione tra privato cittadino e pubblica amministrazione, quale corollario, quest’ultimo, del principio di buon andamento dell’azione amministrativa, trovano espressione nell’istituto del soccorso istruttorio, previsto in ordine a qualunque procedimento amministrativo.

L’art. 6, co. 1, lett. b), della legge n. 241/1990 sancisce il potere del responsabile unico del procedimento di avvalersi del suddetto strumento al fine di colmare lacune documentali, chiedendo la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ravvisare in tale istituto un vero e proprio dovere, espressione del principio di partecipazione procedimentale, il cui fondamento è da individuarsi nel precetto costituzionale del buon andamento della P.A.

Prevista, pertanto, la possibilità di integrare la domanda presentata, l’istante non si troverà nella condizione di dover riattivare un nuovo procedimento, a fronte di un provvedimento di rigetto, con un evidente inutile dispendio di risorse sia per il privato che per la P.A.

* **Il soccorso istruttorio nel codice dei contratti pubblici.**

L’istituto del soccorso istruttorio, che vede le sue origini in una direttiva europea risalente al 1971, trova una specifica disciplina anche nel codice dei contratti pubblici.

Originariamente previsto dal combinato disposto degli articoli 38, co. 2-*bis*, e 46, co. 1-*ter*, del d.lgs. n. 163/2006, trova la sua attuale disciplina nell’art. 83, co. 9, del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), così come novellato dal d.lgs. n. 56/2017.

Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, il soccorso istruttorio è lo strumento mediante il quale la stazione appaltante chiede ai concorrenti l’integrazione di domande incomplete o irregolari, al fine di consentire a quei determinati operatori di poter partecipare ugualmente alla gara. La ratio di questo istituto è, pertanto, quella di limitare l’esclusione dalla procedura di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, in omaggio al principio del *favor partecipationis.*

È chiara applicazione del principio del giusto procedimento sancito dall’art. 3, legge n. 241/1990, che, secondo il Consiglio di Stato, impone all’amministrazione di “*squarciare il velo della mera forma”* al fine di accertare la sussistenza delle effettive condizioni prescritte dalla legge o dal bando di gara (Cons. St., Ad. Plen., n. 9/2014).

Tuttavia, la prevalenza della sostanza sulla forma, sancita dalla legge, non può essere illimitata e tradursi in una generalizzata sanatoria di ogni forma di irregolarità, con il rischio di violare i principi di *par condicio* tra i partecipanti alla gara, della libera concorrenza, di imparzialità e di buon andamento dell’azione amministrativa, con evidenti ricadute anche sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando di gara e sulla natura decadenziale dei termini della procedura di gara.

Ecco perché il legislatore, ancor prima dell’entrata in vigore del nuovo codice, è intervenuto più volte sulla disciplina dell’istituto in esame.

 Nel d.lgs. n. 163/2006, l’istituto in esame trovava la propria disciplina nell’articolo 46, che consentiva alla stazione appaltante, in corso di gara, di invitare i concorrenti a completare e/o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, dei documenti e delle dichiarazioni presentati.

La norma, quindi, consentiva di completare, in un momento successivo, una dichiarazione o una documentazione originariamente carente, andando oltre la semplice regolarizzazione. Tuttavia, la giurisprudenza ha originariamente consentito l’operatività dell’istituto con una certa prudenza. Di conseguenza, lo ammetteva solo *“quando i vizi siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione, non essendo in quest’ultima ipotesi consentita la sanatoria o l’integrazione postuma, che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell’offerta, e in definitiva in una violazione della par condicio”,* e lo escludeva, invece, quando si trattava di regolarizzare una domanda priva di documenti espressamente richiesti dal bando di gara.

Si osservava, inoltre, che l’applicazione del soccorso istruttorio, entro tali termini, consentiva il rispetto del principio dell’autoresponsabilità. Ciascun concorrente deve assumersi le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione o presentazione dell’offerta; ragionando diversamente si violerebbe, oltretutto, la *par condicio,* consentendo di sanare la propria posizione oltre il termine finale fissato dalla *lex specialis.*

Con il d.l. n. 70/2011, il legislatore interviene per la prima volta sulla norma e, aggiungendo il comma 1-*bis* all’articolo 46, introduce il principio di tassatività delle cause di esclusione, limitando, così, la discrezionalità della P.A. nell’individuazione, nella *lex specialis* di gara, degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, di incidere sull’ambito applicativo del soccorso istruttorio.

A seguito del suddetto intervento, l’esclusione dalla gara poteva avvenire solo nei casi di mancato adempimento di obblighi avente una precisa fonte legislativa o regolamentare, 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 che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. La norma, inoltre, vietava, a pena di nullità, l’inserimento di ulteriori prescrizioni di esclusione nei bandi o nelle lettere di invito.

In tale contesto normativo, interviene l’Adunanza Plenaria n. 9 del 2014. Secondo i giudici il soccorso istruttorio, non è una mera facoltà, bensì un doveroso ordinario *modus procedendi*  volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor partecipationis* e della semplificazione; esso deve però essere bilanciato con l’esigenza che i singoli partecipanti collaborino con la P.A. e che rispettino gli oneri formali, non abnormi o eccessivi, posti a garanzia dei tempi del procedimento e dell’interesse pubblico primario. Pertanto, concludono sostenendo che l’istituto deve essere interpretato nel senso che *“nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il potere di soccorso sancito dall’articolo 46, co. 1, sostanziandosi 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, 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”.*

Con il d.l. n. 90/2014, convertito nella legge n. 114/2014, il legislatore, intervenendo nuovamente sulla norma, introduce nell’articolo 46, d.lgs. n. 163/2006, il comma 1*ter*, discostandosi dalla suddetta Adunanza Plenaria.

Il nuovo comma sanciva che *“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”.*

L’articolo 38, co. 2-*bis* (introdotto contestualmente sempre dal d.l. n. 90/2014 convertito in l. n. 114/2014) stabiliva che la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive volte a provare la sussistenza, in capo ai concorrenti, dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara potessero essere sanate previo pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria prevista nel bando di gara. L’importo della stessa era determinato, seppure nel rispetto dei limiti previsti dalla legge, dalla stazione appaltante e il suo versamento era garantito dalla cauzione provvisoria. Pertanto, il concorrente che non voleva essere escluso dalla procedura di gara doveva pagare la sanzione pecuniaria e inviare i documenti richiesti dalla stazione appaltante per la regolarizzazione o integrazione nel termine (non superiore a dieci giorni) stabilito dalla stessa. Nel caso di inutile decorso del termine senza che si fosse proceduto all’invio, il concorrente era escluso dalla gara.

Ove, invece, si fosse trattato di irregolarità non essenziali, di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiedeva la regolarizzazione e/o integrazione (in altri termini, non ricorreva al soccorso istruttorio) e non applicava alcuna sanzione.

La sanzione era volta a responsabilizzare gli operatori economici nella presentazione delle offerte, affinchè fossero diligenti e accorti, in modo da velocizzare la fase della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione degli stessi ed evitare lo spreco di risorse pubbliche, derivante dal procedimento necessario per regolarizzare le dichiarazioni incomplete.

Il legislatore, quindi, sembrava voler consentire la tendenziale sanatoria di tutta la documentazione, previo pagamento di una sanzione pecuniaria laddove previsto. Tuttavia, non poteva essere ammessa una modifica postuma del contenuto dell’offerta o la regolarizzazione di omissioni dichiarative che comportavano incertezze sul contenuto dell’offerta.

A parere del Consiglio di Stato (Ad. Pl. n. 16/2014) si trattava di un’innovazione legislativa che *“indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie”.*

Secondo l’ANAC (determinazione n. 1/2015) *“ai fini della partecipazione alla gara, assume rilievo l’effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non le formalità né la completezza del contenuto della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei predetti requisiti. Si conferma in tal modo l’orientamento giurisprudenziale a tenore del quale occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l’esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito”.*

Il soccorso istruttorio a pagamento era un istituto che destava molte perplessità, conducendo alla sua definitiva eliminazione.

In primo luogo, la determinazione dell’importo era rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti (seppur nei limiti normativamente previsti), senza possibilità di graduare la sanzione in base alla gravità dell’irregolarità commessa o in relazione alle singole fattispecie escludenti contemplate nel comma 1 dell’articolo 38. Evidente era, quindi, il contrasto con quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia (UE 28/02/2018, n. 523/16), secondo cui l’istituto del soccorso istruttorio a pagamento era compatibile con il diritto europeo a condizione che l’importo della sanzione fosse conforme al principio di proporzionalità.

Nel silenzio della norma, inoltre, ad avviso di parte della giurisprudenza amministrativa, la sanzione trovava applicazione tanto nei confronti del partecipante, che, di fronte a un’irregolarità essenziale, avesse dichiarato di avvalersi del soccorso istruttorio, quanto nei confronti di quello che, decidendo di non avvalersi del soccorso, venisse conseguentemente escluso dalla gara.

 Con il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), l’istituto trova una nuova disciplina, diversa sotto alcuni aspetti, nell’articolo 83, co. 9. Tale norma prevede che *qualsiasi elemento formale della domanda,* se carente, possa essere sanato mediante lo strumento del soccorso istruttorio, impedendo, in tal modo, l’esclusione dalla procedura di gara, che non è una conseguenza necessaria della suddetta carenza. In particolare sono sanabili la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, tranne quelle relative all’offerta economica e a quella tecnica. A tal fine la stazione appaltante, rilevata la carenza, dà un termine (non superiore a dieci giorni) all’impresa per rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. L’inutile decorso del termine di regolarizzazione comporta l’esclusione dalla gara. Costituiscono, invece, irregolarità non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile.

La disposizione confermava, nella sua formulazione originaria, il pagamento della sanzione pecuniaria, prevista nel bando, a carico del concorrente che non volesse essere escluso dalla gara. La novità, rispetto al codice previgente, consisteva unicamente nell’aver abbassato il tetto massimo per la sanzione pecuniaria (il cui importo, comunque, non poteva essere superiore a € 5.000 rispetto ai € 50.000 previsti nel vecchio codice) e nel prevedere espressamente che la sanzione fosse dovuta solo in caso di regolarizzazione. Veniva, quindi, superato il dibattito, risalente al previgente codice, avente a oggetto la sanzionabilità del concorrente che decideva di non avvalersi del soccorso istruttorio.

L’articolo 83, co. 9. stabiliva, altresì, nella sua precedente formulazione, che la stazione appaltante, in presenza di irregolarità formali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, ne richiedeva comunque la regolarizzazione mediante il ricorso al soccorso istruttorio, ma non applicava alcuna sanzione.

La previsione di una sanzione contrastava con le indicazioni contenute nella legge delega n. 11 del 2016, inducendo il legislatore ad intervenire, al fine di evitare una dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega.

Per cui, a distanza di quasi un anno, è stato adottato il d.lgs. n. 56/2017.

Tale Decreto correttivo ha apportato sostanziali modifiche all’articolo 83, co. 9, alla luce soprattutto delle osservazioni formulate dall’ANAC e dei pareri del Consiglio di Stato.

La modifica più importante è senz’altro l’espunzione dell’onerosità del soccorso istruttorio: gli operatori economici possono, ora, regolarizzare o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti o irregolari senza dover sostenere alcun onere economico.

Anche il Consiglio di Stato si era espresso sulla necessità di eliminare il soccorso istruttorio a pagamento (Cons. St., parere n. 855/2016). Invece, parte della dottrina era apparsa perplessa, sostenendo che tale soluzione avrebbe incoraggiato comportamenti negligenti da parte degli operatori economici.

Sul punto, giova rilevare, però, che il legislatore, con il decreto correttivo, ha inserito il mancato utilizzo del soccorso istruttorio tra gli elementi premiali che rilevano ai fini del rating di impresa. Quest’ultimo è un sistema di valutazione delle imprese, con cui si attribuisce un punteggio alle stesse sulla base di alcuni indici e accertamenti attinenti al loro comportamento sia in fase di partecipazione ad una gara, sia in fase di esecuzione di un contratto pubblico. Maggiore è il punteggio ottenuto, maggiori sono i vantaggi che si possono ottenere ai fini della partecipazione ad una gara pubblica.

Già in precedenza, il Consiglio di Stato (nel parere n. 432 del 2017 al correttivo), aveva affermato che la previsione della gratuità dell’istituto del soccorso istruttorio non escludesse la possibilità di porre a carico del concorrente, che vi ha dato causa, almeno le spese sostenute dalla stazione appaltante, scaturenti dall’aggravio procedimentale e dalla dilatazione dei tempi necessari per attuare l’integrazione documentale. Inoltre, lo stesso Collegio, pur condividendo la scelta di eliminare ogni sanzione pecuniaria per il soccorso istruttorio, osservava che l’istituto rimaneva così privo di ogni strumento di deterrenza, con il rischio di aumento di comportamenti negligenti da parte degli operatori economici e conseguente allungamento dei tempi delle procedure. Per cui il Consiglio di Stato proponeva di valutare il mancato ricorso all’istituto ai fini del rating d’impresa, in quanto indice di affidamento e virtuosità dell’impresa. Di ciò il legislatore ha tenuto conto, inserendolo infatti con il correttivo.

 Pertanto, con riguardo all’attuale disciplina del soccorso istruttorio in materia di contratti pubblici, possiamo osservare che la norma risulta novellata nel senso di non prevedere più l’obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, ma rimane inalterato il procedimento volto ad acquisire rapidamente le dichiarazioni mancanti e/o errate.

Gli operatori economici possono, mediante il ricorso al soccorso istruttorio, sanare *le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda,* con la sola *esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica.* Nello specifico, sono sanabili la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi da produrre in sede di gara e del documento di gara unico europeo (D.G.U.E.).

Dalla nuova formulazione si evince che il correttivo conferma la sanabilità delle sole carenze “formali” dei requisiti di partecipazione, rimanendo escluse quelle “sostanziali”. Per cui la mancata allegazione della dichiarazione attestante il possesso del requisito essenziale di partecipazione è senz’altro sanabile, viceversa non lo è la carenza del requisito entro il termine di partecipazione previsto dal bando.

Scompare, inoltre, la precedente e incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali. A fronte della vecchia tripartizione tra irregolarità essenziali non sanabili, irregolarità essenziali sanabili con il soccorso istruttorio oneroso e irregolarità non essenziali sanabili gratuitamente, oggi, invece, l’alternativa è tra mancanze formali sanabili (gratuitamente) e carenze essenziali non sanabili neanche a pagamento. Rimangono, infatti, escluse dal soccorso istruttorio le carenze afferenti all’offerta economica e tecnica, in ossequio al principio della *par condicio* tra i concorrenti e rimane ferma, altresì, l’impossibilità di sanare le irregolarità essenziali costituite da carenze della documentazione afferente ai requisiti richiesti a pena di esclusione che non consentano di individuare il contenuto o il soggetto responsabile della documentazione stessa.

Entrambe le esclusioni sono condivise dall’ANAC (Determinazione n. 1/2015).

Pertanto, a fronte di tale attuale normativa, nelle ipotesi di irregolarità insanabili, ne consegue l’esclusione dell’operatore economico dalla gara. Ove, invece, si tratti di irregolarità sanabili, il R.U.P. assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per provvedere alla regolarizzazione. Il R.U.P. dovrà indicare sia l’operazione da compiere che i soggetti tenuti all’integrazione. L’inutile decorso del termine di regolarizzazione comporta l’esclusione dalla gara del soggetto soccorso. Lo stesso epilogo vedrà anche l’ipotesi di inadeguatezza delle integrazioni presentate (Atto del Governo n. 397 – Dossier Servizio Studi n. 390).

Il termine massimo per il riscontro al soccorso istruttorio è di dieci giorni (art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016), il legislatore manca di indicare, invece, la misura minima del suddetto termine.

Sul punto vi è una recentissima pronunzia del Tar Abruzzo, in cui si afferma che il termine massimo di dieci giorni, previsto dalla legge, è senz’altro volto a contenere i tempi complessivi di espletamento della gara, in ossequio ai principi di accelerazione e tempestività delle procedure di aggiudicazione, pertanto, è ragionevole ritenere che il termine debba essere riconosciuto nella sua maggiore ampiezza nei casi in cui, tenuto conto della quantità e/o qualità degli elementi formali della domanda risultati mancanti, incompleti o affetti da irregolarità, l’integrazione risulti più gravosa e complessa.

Pertanto, stante la mancata previsione *ex lege* di una misura minima del termine per il riscontro al soccorso istruttorio, deve desumersi che lo stesso dovrà essere comunque adeguato a consentire la regolarizzazione e, quindi, proporzionato al numero e alla natura delle irregolarità essenziali accertate nel caso concreto, sicchè se, da un lato, dovrà essere elevato nell’ipotesi di carenza di una pluralità di documenti o elementi, viceversa potrà essere assai breve laddove l’onere integrativo sia di particolare lievità (come nel caso in cui i documenti o elementi siano già nella piena disponibilità e diretta accessibilità dell’impresa chiamata a completare la domanda).

* **La *querelle* dell’ammissibilità del soccorso istruttorio nella fase di comprova dei requisiti dopo l’aggiudicazione.**

L’articolo 48, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che la stazione appaltante potesse chiedere, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, all’aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti nel bando. Ciò doveva avvenire entro il termine di dieci giorni dalla data della richiesta, sebbene solo il primo comma prevedesse espressamente tale precisazione. Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato (Ad. Pl. n. 10/2014), non vi era motivo per ritenere che le disposizioni dei due commi dell’articolo, fondate sulla medesima *ratio,* si differenziassero per la durata del periodo fissato per l’adempimento, non risultando alcuna specificità in tal senso nel secondo comma, riguardante, anzi, una fase del procedimento che aveva raggiunto il proprio esito e, quindi, a maggior ragione, doveva ritenersi caratterizzata dalla celerità. Inoltre, l’Adunanza Plenaria affermava che il termine assegnato dalla stazione appaltante avesse natura perentoria. Ne derivava l’impossibilità di ricorrere, in tale fase, al soccorso istruttorio.

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), la norma di riferimento è l’articolo 85, co. 5, che dispone: “*prima dell’aggiudicazione dell’appalto, la stazione appaltante, richiede all’offerente cui ha deciso di aggiudicare l’appalto,[…] di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all’articolo 86 e, se del caso, all’articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87”.*

Emerge dalla norma che il legislatore non abbia previsto un termine (che la stazione appaltante debba assegnare), differentemente dalla previgente normativa, per la verifica dei requisiti dell’aggiudicatario. Di qui un ampio dibattito sull’ammissibilità o meno dell’istituto del soccorso istruttorio anche nella fase di comprova dei requisiti successiva all’aggiudicazione.

In altri termini, se l’intervento della menzionata Adunanza Plenaria aveva sopito il dibattito, formatosi al tempo della previgente normativa, sull’ammissibilità o meno del soccorso istruttorio nella fase di comprova dei requisiti, la questione torna a porsi, stante la mancata previsione del termine nella nuova normativa codicistica.

Un’importante pronuncia, che conferma l’orientamento ostativo al ricorso al soccorso istruttorio di cui all’articolo 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016 nella fase della comprova dei requisiti, è la sentenza del Tar Sardegna, n. 50/2018. Il Collegio richiama l’Adunanza Plenaria del 2014, che, sebbene relativa alla precedente disciplina di cui all’articolo 48 del d.lgs. n. 163/2006, ha affermato che il termine per la comprova dei requisiti dichiarati debba ritenersi perentorio, giacchè è necessario assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente. Dalla natura perentoria del termine, ne discende che il soccorso istruttorio non è azionabile in tale fase. Anche riguardo tale ultimo aspetto, il Tar Sardegna ritiene di dover dar continuità all’indirizzo giurisprudenziale che esclude possa essere riconosciuta al concorrente la sostanziale rimessione in termini connessa al ricorso al soccorso istruttorio.

Di diverso avviso è l’orientamento che ammette l’istituto anche in fase di verifica dei requisiti. In particolare, si ritiene che la stazione appaltante possa chiedere l’integrazione postuma delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, laddove abbia accertato carenze documentali, non nella fase di controllo delle dichiarazioni, ma all’esito dell’aggiudicazione.

A sostegno di tale tesi anche quegli orientamenti giurisprudenziali che ammettono il soccorso istruttorio in un momento successivo, ovverosia in sede processuale (c.d. soccorso istruttorio processuale). Si ammette che l’aggiudicatario possa dimostrare in giudizio (di impugnazione dell’aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione) il concreto possesso di quanto dichiarato in gara, mediante la produzione di quei documenti che ha mancato di offrire in sede di comprova dei requisiti dopo l’aggiudicazione della gara. Non ne consegue la violazione della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto si consente di comprovare comunque circostanze preesistenti, la cui incompletezza o irregolarità, se fosse stata rilevata tempestivamente, avrebbe comportato l’attivazione, da parte della stazione appaltante, dell’obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio.

Invero, giova osservare che la nuova disposizione, di cui all’articolo 85, co. 5, offre elementi che, invece, conducono all’ammissibilità dello strumento del soccorso istruttorio.

Dalla lettura della norma si evince, difatti, non solo l’assenza di un termine per la comprova dei requisiti, ma anche una possibile apertura alla esperibilità del soccorso istruttorio in tale sede, laddove precisa che la stazione appaltante possa invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti.

Occorre aggiungere che tale ultima precisazione è stata inserita dal legislatore nel testo definitivo del nuovo codice alla luce delle osservazioni sollevate sul punto dal Consiglio di Stato in sede consultiva, che si era soffermato sul mancato recepimento della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui afferma che l’amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati ricevuti. Era opportuno, per il Consiglio di Stato, recepire tale disposizione della direttiva, perché rappresenta *un utile corollario del principio del soccorso istruttorio in corso di gara e della leale collaborazione fra amministrazione e concorrenti.*

Le osservazioni appena fatte non possono ritenersi vanificate da una recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 4787/2019), in cui si è ritenuto inammissibile il soccorso istruttorio in fase di comprova dei requisiti, poiché, al contrario, l’ammissibilità dell’istituto equivarrebbe a una sostanziale rimessione in termini.

Tale pronuncia, tuttavia, va letta con specifico riferimento alla fattispecie concreta esaminata, in cui, come già rilevato in primo grado, si era di fronte a una violazione di natura sostanziale, con la conseguente necessaria impossibilità di invocare il soccorso istruttorio, limitato, ai sensi dell’articolo 83, co. 9, del nuovo codice dei contratti pubblici, alle ipotesi di “*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”.* L’inammissibilità del soccorso istruttorio in fase di comprova, sancita in tale pronuncia, va, quindi, ancorata alla specifica carenza riscontrata nel caso concreto, che, avendo natura sostanziale, è insuscettibile di essere sanata *ex* articolo 83, co. 9 (che prevede il soccorso istruttorio per le sole ipotesi di carenze di qualsiasi elemento formale della domanda) e non tanto alla fase della procedura o alla natura del termine concesso per la comprova.

Ecco, quindi, che quanto appena detto e le considerazioni fatte in precedenza sulla nuova disposizione sul soccorso istruttorio portano a concludere che la recente pronuncia del Consiglio di Stato non esprime un principio generale e assoluto in tema di inapplicabilità del soccorso istruttorio alla fase della comprova dei requisiti. Concludendo diversamente, nel senso di ritenere anche nella nuova cornice normativa di cui al d.lgs. n. 50/2016 sussistente un principio di carattere generale e assoluto di inammissibilità del soccorso istruttorio in fase di comprova dei requisiti, emergerebbe un chiaro contrasto con la menzionata evoluzione che la materia ha avuto nel diritto eurounitario e, di conseguenza, con l’ordinamento interno che vi ha dato attuazione.

* **Il soccorso istruttorio processuale.**

Il soccorso istruttorio processuale, di cui si è fatto già accenno, è un istituto di creazione giurisprudenziale volto a sanare, in sede giudiziale, le carenze formali della domanda che si sarebbero potute ovviare attivando il procedimento del soccorso istruttorio, ai sensi dell’articolo 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016.

Il mancato ricorso all’istituto da parte della stazione appaltante può generare due situazioni: l’una, vede l’illegittima esclusione di un operatore economico, che, pertanto, lamenterà la mancata attivazione del soccorso istruttorio che gli avrebbe consentito di regolarizzare e/o integrare la domanda, dimostrando così il possesso dei requisiti fin dall’inizio della procedura di gara; l’altra, vede un’impresa partecipante alla gara (c.d. controinteressato) impugnare l’aggiudicazione già intervenuta in favore di un altro concorrente, deducendone, come motivo, l’incompletezza della dichiarazione.

Il Consiglio di Stato afferma che l’istituto del soccorso istruttorio possa operare, qualora non sia stato già attivato dalla stazione appaltante in sede di gara, anche nel processo amministrativo, a garanzia del principio di effettività della tutela.

L’istituto rappresenta, infatti, uno strumento di rimedio che la stazione appaltante deve attivare al fine di consentire all’operatore economico di integrare la domanda carente di un requisito formale, consentendogli di dimostrare, dunque, il possesso dei requisiti sostanziali per partecipare alla gara. Qualora non sia stata attivata la suddetta doverosa procedura, è il giudice a dover fare la verifica (mancata nel corso della procedura di gara) volta ad appurare se il vizio in questione sia solo formale (pertanto l’impresa non doveva essere esclusa oppure l’aggiudicazione definitiva è legittima) o, invece, abbia carattere sostanziale (per cui l’impresa è stata legittimamente esclusa oppure l’aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso fin dall’inizio della gara).

La circostanza che a effettuare la verifica sia il giudice e non la pubblica amministrazione implica che la stessa potrà essere attuata solo ove si tratti di operare un mero accertamento di sussistenza o meno del requisito mancante (cioè nel caso di attività vincolata); diversamente, se la verifica dovesse comportare anche valutazioni di carattere discrezionale, il giudice dovrà annullare l’aggiudicazione e disporre la riedizione della gara (non potentosi sostituire alla stazione appaltante).

Quanto alle modalità processuali, l’impresa, che intenda contestare l’esclusione dalla procedura di gara per mancato ricorso al soccorso istruttorio e invocare validamente in sede processuale lo stesso, deve provare in giudizio che l’istituto avrebbe avuto esito ad essa favorevole, qualora fosse stato attivato dalla stazione appaltante nel corso della gara, possedendo essa il requisito in contestazione. In altre parole, è a carico del concorrente, nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, provare che possiede il requisito sostanziale di partecipazione fin dal momento in cui avrebbe dovuto rendere la documentazione di fatto mancante e che, dunque, si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell’onere probatorio ai sensi dell’articolo 2697 cod. civ. e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova (Cons. St., sez. III, sent. n. 348/2019).

Nella diversa ipotesi d’impugnazione dell’aggiudicazione da parte di un altro operatore economico partecipante alla selezione, è onere della controparte aggiudicataria dimostrare che la procedura di gara si è svolta in maniera del tutto legittima, producendo in giudizio la documentazione atta a provare il possesso sostanziale dei requisiti fin dall’inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento qualora, non essendosene avveduta la stazione appaltante in sede di gara, l’incompletezza della dichiarazione sia dedotta come motivo di impugnazione dell’aggiudicazione da parte di un’altra impresa partecipante alla selezione. La questione non può essere rilevata d’ufficio dal giudice, ma dovrà essere l’aggiudicataria, al fine di paralizzare l’azione di annullamento volta a ottenere la sua esclusione dalla gara, a fornire la prova (Cons. St., sez. III, sent. nn. 975 e 976 del 2017).

In conclusione, in entrambe le ipotesi prospettate, in ossequio al disposto di cui all’articolo 2697 cod. civ., non si può addurre, solo in via ipotetica, la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma la parte interessata deve produrre in giudizio la documentazione comprovante il possesso dei requisiti mancanti, dimostrando così che, ove fosse stato correttamente attivato il suddetto rimedio, non sarebbe stata esclusa dalla procedura (nel primo caso) o l’aggiudicazione sarebbe comunque stata a suo favore (nel secondo caso), trattandosi di carenza formale e non sostanziale.

Dunque, può ritenersi che il “soccorso istruttorio processuale” altro non sia che espressione della mera applicazione dei principi fondamentali del processo amministrativo, traducendosi nell’attuazione dei principi della domanda e dell’onere della prova, nonché del principio di effettività della tutela.

 \* **Francesca Di Mezza**

**Laureata in Giurisprudenza presso l’Università “Federico II” di Napoli con votazione 110/110, discutendo una tesi in procedura penale dal titolo “L’uso processuale dell’interrogatorio dell’indagato”. Ha svolto la pratica forense presso l’Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli e ha conseguito il titolo di avvocato. Ha frequentato corsi di approfondimento post lauream.**