

RASSEGNA RAGIONATA DELLE MASSIME DI PRECONTENZIOSO IN TEMA DI “SOCCORSO ISTRUTTORIO”

ANNO 2017

Con la disciplina di cui all'art. 83, comma 9, del nuovo Codice si conferma la volontà del legislatore di preferire l'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici rispetto al dato formalistico della mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese. In tal senso, nonché nell'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, l'Autorità ha ritenuto legittimo l'operato di una stazione appaltante che, non avendo ottenuto risposta da parte dei concorrenti, ha provveduto ad acquisire d'ufficio una dichiarazione in proprio possesso per un'altra gara.

Ciò premesso, l'Autorità passa in rassegna le massime di precontenzioso riguardanti i seguenti argomenti:

1. Cause tassative di esclusione:

L'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere di essenzialità vanno individuate in base alla disciplina sulle cause tassative di esclusione. La stazione appaltante non può procedere direttamente all'esclusione del concorrente, ma deve prima avviare il procedimento volto alla sanatoria delle irregolarità rilevate, anche se la *lex specialis* non lo prevede e commina espressamente l'esclusione dalla gara.

2. Sanzione pecuniaria

La sanzione pecuniaria prevista dal vecchio Codice è stata soppressa con il decreto correttivo. Con riferimento alle gare bandite sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 e fino alla novella apportata dal predetto correttivo¹, valgono le seguenti indicazioni:

- trattandosi di un'obbligazione pecuniaria, gli atti di gara ne dovevano contenere la quantificazione;
- la sanzione era dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione da parte dell'operatore economico;
- ciò che rilevava era la manifestazione della volontà di proseguire nella gara da parte del concorrente, anche mediante comportamenti concludenti.

3. Irregolarità dell'offerta tecnica ed economica

Con riguardo alla mancata sottoscrizione dell'offerta, si prospettano due diverse tesi:

- Secondo l'Autorità ed il Consiglio di Stato è sanabile, purché l'offerta sia riconducibile al concorrente in modo da escluderne l'incertezza assoluta circa la provenienza; la sottoscrizione dell'offerta costituirebbe, infatti, un elemento essenziale, avendo la funzione di ricondurre al suo

¹Laddove non trovi applicazione la L.P. n. 16/2015.

autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto, nonché di assicurare la serietà ed affidabilità dell'offerta stessa.

- Parte della giurisprudenza amministrativa ritiene, invece, che il soccorso istruttorio sia applicabile solo all'ipotesi di sottoscrizione incompleta, e che la mancata sottoscrizione infici irrimediabilmente la validità e ricevibilità dell'offerta.

Per quanto concerne la mancata indicazione degli oneri aziendali nell'offerta economica, questa è stata ritenuta soccorribile dall'Autorità, sulla scia di un recente orientamento giurisprudenziale, in presenza dei seguenti presupposti:

- la *lex specialis* non contiene un obbligo di indicarli;
- il concorrente ha indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, ma non ne ha chiarito l'importo oppure ha indicato oneri di sicurezza pari a zero essendo le disposizioni del disciplinare a riguardo fuorvianti.

AL di fuori delle predette ipotesi (per es. quando il concorrente ha formulato un'offerta economica senza proprio considerare gli oneri di sicurezza), l'Autorità ha ritenuto il difetto dell'offerta insanabile, in quanto un'eventuale sanatoria ne comporterebbe una modifica sostanziale.

4. Dichiarazioni del possesso dei requisiti di carattere generale

Ad avviso dell'Autorità, le irregolarità concernenti le dichiarazioni dei singoli requisiti di ordine generale possono essere oggetto di soccorso istruttorio. In particolare è stato chiarito in vari pareri di precontenzioso che:

- è sanabile l'incompletezza della dichiarazione dei singoli requisiti generali;
- i membri del collegio sindacale rientrano tra i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sui requisiti di carattere generale di cui all'art. 80, comma 1, del Codice;
- sono sanabili le carenze in merito alle dichiarazioni di cui all'art. 80, comma 5, del Codice, anche in riferimento all'impresa subappaltatrice nel caso in cui risulta obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori fin dalla fase di offerta;
- è ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare la terna dei subappaltatori, ma occorre che almeno uno di essi abbia i requisiti per eseguire la prestazione.

5. Dichiarazioni del possesso dei requisiti di carattere speciale

In tale ambito risulta legittimo il ricorso al soccorso istruttorio:

- per la mancata compilazione del campo del DGUE relativo ai requisiti di idoneità professionale;
- ai fini della regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis*;
- in caso di presentazione di un'attestazione SOA riportante la certificazione del sistema di qualità scaduta, qualora l'operatore economico dimostri di aver richiesto tempestivamente l'aggiornamento dell'attestato.

L'Autorità ha invece escluso il soccorso in sede di comprova dei requisiti di capacità tecnica, al fine di consentire all'aggiudicataria di produrre nuova documentazione probatoria in sostituzione di quella rivelatasi inidonea alla dimostrazione del possesso del requisito, in quanto l'applicazione del soccorso istruttorio a tale ipotesi costituirebbe una violazione del principio della *par condicio*.

6. Avvalimento

In applicazione del principio, secondo cui il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione della domanda/offerta, l'Autorità ha escluso l'applicabilità del soccorso istruttorio per colmare le lacune del contratto di avvalimento apportandovi integrazioni postume. Sono state invece ritenute sanabili:

- l'integrazione del contratto di avvalimento al solo fine chiarire la responsabilità solidale del concorrente e dell'ausiliaria (in quanto ciò non inficia il possesso dei requisiti),
- la mancata cointestazione (richiesta dalla *lex specialis*) della polizza fideiussoria anche all'ausiliaria, in considerazione della sua natura meramente accessoria.

7. Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione

L'Autorità si è espressa a favore della riattivazione del soccorso istruttorio dopo l'aggiudicazione in relazione a irregolarità formali, trattandosi solamente della produzione di una dichiarazione sostitutiva mancante, la cui assenza non sia stata tempestivamente rilevata dalla stazione appaltante nella fase di verifica della documentazione amministrativa.

8. Cauzione provvisoria e contributo integrativo all'Autorità

L'Autorità ha ritenuto applicabile il soccorso istruttorio anche:

- alle irregolarità relative alla cauzione provvisoria, sempre che questa sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta;
- alla mancanza della dichiarazione d'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva;
- alla mancanza di allegazione della certificazione ISO 9001:2008, nel caso in cui la società ne sia in possesso;
- alla mancata allegazione della ricevuta del pagamento del contributo integrativo all'ANAC, purché il versamento sia anteriore alla scadenza del termine della presentazione dell'offerta.