



Rassegna giurisprudenziale

SUL SOCCORSO ISTRUTTORIO

a cura di *Francesco Armenante* – consulente *FORMEZPA*

Formez **PA**

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE, 18 gennaio 2017, n. 23

Sull'inammissibilità del soccorso istruttorio in caso di offerta non chiara e ambigua

1. Nelle gare di appalto, un'offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico) non può che essere considerata inidonea – siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) – ad adempiere alla sua funzione.

2. Il “soccorso istruttorio” non può essere utilizzato per “correggere” (ex post) le ambiguità scaturenti da un'offerta formulata in modo impreciso; diversamente opinando si finirebbe con il consentire al concorrente che ha formulato l'offerta ambigua, di correggere (o rettificare) la sua azione propositiva a gara già avviata, conformandola utilmente al raggiungimento del risultato; il che finirebbe con l'alterare la par condicio dei concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 21 giugno 2017, n. 3029

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 8 maggio 2017, n. 2093;

TAR LIGURIA, SEZ. II, 28 febbraio 2017, n. 145

Sulla non sanabilità, tramite soccorso istruttorio, delle offerte

1. In tema di soccorso istruttorio nelle gare di appalto, l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, seppure con una formulazione a contrario – che fa salva tra l'altro la ipotesi, innovativa, della mancanza, dell'incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, sanabili con il c.d. soccorso istruttorio oneroso – ha escluso, in linea di continuità con l'interpretazione degli artt. 38 e 46 del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, che possano essere oggetto di sanatoria mediante soccorso istruttorio la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, ipotesi tutte che concretano mancanze non sanabili.

2. Il provvedimento di esclusione ben può essere adottato dal dirigente della stazione appaltante, competente secondo l'organizzazione interna, quale organo *ex lege* legittimato ad esprimere la volontà dell'ente.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II, 03 luglio 2017, n. 7587

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II, 15 marzo 2017, n. 3541

Sull'ammissibilità di un soccorso istruttorio postumo all'aggiudica

In materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'Amministrazione appaltante può fare ricorso all'istituto del c.d. soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione. Infatti, poiché la “ratio” e la finalità di detto istituto sono quelle di consentire alla stazione appaltante di ottenere chiarimenti in merito alla documentazione del concorrente interessato, risultata non sufficientemente chiara o completa nella dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara, deve ritenersi che il relativo subprocedimento non sia precluso a valle dell'aggiudicazione; quindi, la P.A. appaltante può chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma – nei casi in cui la stessa P.A. si sia avveduta di eventuali carenze documentali – non solo a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni), ma anche all'esito dell'aggiudicazione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II QUATER, 19 luglio 2017, n. 8704

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 30 marzo 2017, n. 1456

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio al contratto di avvalimento generico

Nel caso in cui siano stati prodotti in gara dei contratti di avvalimento con un oggetto privo delle necessarie caratteristiche di determinatezza o determinabilità – atteso che dal complesso del regolamento pattizio non è possibile ricavare quali siano i mezzi ed il personale messi a disposizione – non è possibile supplire a tale lacuna attraverso il soccorso istruttorio, dovendo essere detti contratti validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume.

Deve ritenersi che, in linea di principio, il contratto di avvalimento possa essere acquisito con la procedura del soccorso istruttorio; rimane tuttavia fermo che lo stesso, in ogni caso, sia già stato sottoscritto alla data di presentazione dell'offerta. L'onere della produzione di una copia del contratto idonea a dare certezza in ordine al decisivo requisito della data rimane naturalmente, secondo i principi generali, in capo alla parte ricorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 2 marzo 2017, n. 975

Soccorso istruttorio processuale

Per ciò che concerne il cosiddetto “soccorso istruttorio processuale”, deve ritenersi che l'istituto del soccorso istruttorio riferito ai requisiti di partecipazione possa anche applicarsi una volta intervenuta l'aggiudicazione, atteso che ciò non comporta la violazione del principio della “par condicio” tra i concorrenti; invero, la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento. In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

La questione dell'applicabilità del soccorso istruttorio in giudizio va risolta nel senso che la questione non può essere rilevata d'ufficio del giudice, ma presuppone sempre un'iniziativa della parte aggiudicataria, interessata alla affermazione della legittimità (sostanziale) della propria ammissione alla gara. Tuttavia l'aggiudicataria, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, può limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione. A tal fine la parte è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I, 15 maggio 2017, n. 2598

Inapplicabilità del soccorso istruttorio per dichiarazioni mendaci

E' legittima la esclusione da una gara di appalto, disposta dalla P.A. ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata ha falsamente dichiarato che il legale rappresentante non ha commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ove, al contrario, sia risultata la esistenza di una sentenza penale di condanna a mesi 3 di reclusione per il reato di cui all'art. 590, commi 2 e 3 cod. pen. per gravi lesioni colpose (nella specie il reato era aggravato dalla circostanza della "violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro"). Tale falsa dichiarazione, infatti, ha impedito alla stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutole dalla norma richiamata, di valutare la gravità dell'infrazione accertata; in tal caso, inoltre, il ricorso al meccanismo per così dire riabilitativo (cosiddetto self cleaning) (v. il 7° comma dello stesso art. 80), deve ritenersi precluso in radice dalla condotta reticente della ditta interessata.
