

Appalti

Irregolarità formali, doveroso attivare il soccorso istruttorio (anche nel nuovo Codice)

di Stefano Usai

05 Luglio 2023

La stazione appaltante, ricorda il Tar Marche, ha l'obbligo di dare all'operatore economico la possibilità di rimediare a meri vizi di forma e altre irregolarità della domanda

Il soccorso istruttorio, e quindi la possibilità per l'operatore di correggere un mero errore della documentazione amministrativa dell'offerta presentata, costituisce un obbligo per la stazione appaltante. Segnatamente, come rileva la sentenza del Tar Marche, sez. I, [n.349/2023](#), l'attivazione del soccorso in parola «a fronte di meri vizi di forma o di ogni altra irregolarità della domanda – a prescindere, quindi, dalla tipologia del vizio inficiante la dichiarazione – costituisce, di fatto, un espresso obbligo di legge, come affermato anche da una consolidata giurisprudenza (ex multis, Tar Lombardia, Milano, n. 580/2022)». Il vincolo in argomento, per il Rup, emerge con maggior evidenza soprattutto nel nuovo Codice dei contratti (art. 101) rispetto a quanto si desume dal comma 9 dell'art. 83 del Codice del 2016.

La sentenza

◀ Stampa

Il giudice marchigiano rammenta che l'orientamento giurisprudenziale consolidato, ritenendo prevalente il favore verso la più ampia partecipazione possibile alle competizioni, "ha sposato" la teoria sostanzialistica del soccorso istruttorio. Secondo questa teoria il soccorso istruttorio è funzionale ad assicurare la selezione della miglior offerta rinvenibile sul mercato, «imponendo alla stazione appaltante di operare nel perseguimento della predetta finalità, a prescindere, quindi, dall'esistenza di influenti irregolarità formali». Impedendo la c.d. caccia all'errore. Ciò comporta, nel caso di meri vizi di forma solo potenzialmente escludenti – determinati da una difformità tra ciò che viene riportato/allegato nella documentazione prodotta per la partecipazione rispetto alla realtà –, che in caso di pacifico possesso dei requisiti di partecipazione, l'appaltatore interessato «dovrà» essere ammesso alla gara previa attivazione del classico sub-procedimento di regolarizzazione. Detto orientamento, si legge ancora in sentenza, deve ritenersi assolutamente pacifico ed in tempi recenti risulta ribadito dallo stesso Consiglio di Stato (con la sentenza n. 1308/2022).

Il Collegio ha ricordato come «lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle

prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati», con la conseguenza che gli «errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva». Ciò che impedisce l'attivazione della correzione/integrazione "postuma", rispetto al termine ultimo per presentare l'offerta, è la carenza «ab origine dei requisiti di partecipazione o di elementi essenziali dell'offerta». In situazioni simili, infatti, l'intervento del Rup che richiedesse/consentisse integrazioni avrebbe il solo effetto di violare la par condicio «tra i concorrenti, che funge da contraltare al principio del favor participationis». Nel caso di specie, inoltre, l'attivazione del soccorso istruttorio appariva anche azione amministrativa logica stante il fatto che l'operatore escluso commetteva, nella dichiarazione, un evidente errore sull'importo «relativo ai contratti di fornitura analoghi, riportando un numero inferiore rispetto» al limite minimo che consentiva la partecipazione ed informava immediatamente la stessa stazione appaltante dell'errata compilazione del Dgue («inviando i files corretti»)

Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice

La sentenza in commento consente di segnalare una non irrilevante modifica intervenuta nella scrittura dell'articolo 101 del nuovo Codice che disciplina la fattispecie del soccorso istruttorio. A differenza di quanto si legge nel primo periodo del comma 9, art. 83 del Codice del 2016, ovvero che le stazioni appaltanti, in presenza di carenza «di qualsiasi elemento formale della domanda possono (...)» può attivare la sanatoria attraverso il soccorso istruttorio (integrativo), il nuovo Codice si esprime, condivisibilmente, in termini perentori non lasciando spazio ad ulteriori e diverse interpretazioni da parte del Rup.

Più precisamente, il primo comma dell'art. 101, fatto salvo che «al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico», prevede che «la stazione appaltante assegna (...)» il termine del sub-procedimento per l'integrazione e/o la correzione. La nuova formulazione, pertanto, si fa preferire precisando che al ricorrere delle fattispecie legittimanti (ben chiarite dalla stessa disposizione) il Rup, o un collaboratore di questi, ad esempio, il responsabile di fase, non può non consentire le correzioni/integrazioni di elementi formali che riguardano la documentazione "amministrativa" dell'offerta.