

Appalti

Gare, più facile correggere gli errori formali con il nuovo codice: la bussola del Consiglio di Stato

di Roberto Mangani

08 Settembre 2023

In una sentenza di Palazzo Spada le indicazioni per utilizzare al meglio il «soccorso istruttorio» alla luce delle novità del Dlgs 36/2023

Il soccorso istruttorio non è attivabile per sanare una irregolarità relativa a un requisito speciale richiesto dalla documentazione di gara che si materializza nella richiesta di un determinato titolo di studio in capo ad alcuni componenti del team operativo chiamato a svolgere le prestazioni oggetto di affidamento. Ciò in quanto il requisito strutturato nei termini indicati viene a costituire parte integrante dell'offerta tecnica, per sua natura imm modificabile e non suscettibile di integrazione attraverso il soccorso istruttorio.

Sono queste le principali affermazioni contenute nella pronuncia del [Consiglio di Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870](#), particolarmente interessante in quanto definisce i limiti di applicabilità dell'istituto in relazione ^{Stampa} non solo alla disciplina contenuta nel D.lgs. 50/2016, ma anche tenendo conto delle novità introdotte dal D.lgs. 36/2023, di cui viene fornita una lettura basata sull'individuazione di diverse tipologie di soccorso istruttorio.

Il fatto

Il ministero della Giustizia aveva indetto una procedura negoziata senza pubblicità per l'affidamento del servizio di digitalizzazione dei fascicoli giudiziari. La documentazione di gara richiedeva con specifico riferimento ai requisiti di partecipazione che nell'ambito del team operativo dedicato allo svolgimento del servizio il "responsabile unico" e il "coordinatore del servizio" – due figure apicali – fossero in possesso di laurea magistrale in discipline tecnico – scientifiche, economico – gestionali o equivalenti.

Con successivo chiarimento rilasciato a fronte di specifico quesito, l'ente appaltante indicava poi quali fossero le lauree da considerare equivalenti precisando altresì che sarebbero state ritenute idonee anche lauree "equipollenti", per le quali avrebbe trovato applicazione la normativa specifica sull'equipollenza dei titoli di studio. In relazione a quanto detto, i concorrenti in sede di gara avrebbero dovuto presentare nell'ambito dell'offerta tecnica i curricula dei soggetti individuati quali "responsabile unico" e "coordinatore del servizio", dimostrando l'esistenza dei titoli di studio richiesti.

Rispetto alla documentazione presentata dal concorrente attuale ricorrente il Rup attivava il soccorso istruttorio richiedendo chiarimenti in merito ai curricula presentati e chiedendo altresì di ricevere gli attestati di equipollenza dei titoli di studio conseguiti all'estero. Non essendo stato fornito quanto richiesto, l'ente appaltante procedeva all'esclusione del concorrente, specificando peraltro che trattandosi di una carenza documentale relativa a un requisito speciale di partecipazione inerente la capacità tecnico – professionale la stessa non poteva essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio (ancorché, va detto, era stato lo stesso ente appaltante ad attivare lo strumento).

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato davanti al giudice amministrativo, che tuttavia respingeva il ricorso. A fondamento della decisione il Tar Lazio evidenziava che la normativa vigente relativa ai titoli di studio conseguiti all'estero impone che per conferire valore legale agli stessi sia necessario l'attestato di equipollenza. La mancanza dello stesso, essendo relativa a un requisito di capacità tecnico – professionale, non era sanabile attraverso il soccorso istruttorio, in ragione del principio dell'immodificabilità dell'offerta (affermazione che in realtà sembra scontare un salto logico, identificando in termini immediati il requisito tecnico - professionale con una componente dell'offerta).

Contro la decisione del Tar Lazio il ricorrente ha proposto appello al Consiglio di Stato. A sostegno dell'appello veniva evidenziato che la documentazione di gara non prevedeva in alcuna clausola – né tanto meno a pena di esclusione - la presentazione dell'attestazione di equipollenza per i titoli di studio conseguiti all'estero. Né a fondamento del provvedimento di esclusione poteva essere assunto il contenuto del chiarimento rilasciato dall'ente appaltante, dove si specificava la necessità dell'attestazione di equipollenza, in quanto i chiarimenti per loro natura possono interpretare il contenuto delle clausole di gara, ma certamente non possono integrarle o modificarne la portata applicativa.

Il Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello e confermato la sentenza di primo grado. Il massimo giudice amministrativo ricorda preliminarmente che la legge di gara prevedeva che le figure apicali nell'ambito del team di lavoro chiamato a eseguire le prestazioni dovessero essere in possesso di titoli di studio consistenti in laurea in determinate discipline. È evidente che la laurea richiesta doveva avere valore legale; e per i titoli di studio conseguiti all'estero il requisito della legalità impone – in base alla normativa vigente - che gli stessi siano accompagnati da uno specifico accertamento con conseguente rilascio di una certificazione ufficiale di equipollenza. In questo senso, si deve ritenere – in aderenza a quanto rappresentato anche dal giudice di primo grado – che la documentazione di gara fosse soggetta all'eterointegrazione, che opera laddove l'ente appaltante abbia ommesso di inserire nella documentazione stessa elementi da ritenere necessari e obbligatori in base all'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso. E' in questo senso che va valutato il requisito dell'equipollenza riferito ai titoli di studio. Essendo tale requisito previsto dalla normativa vigente per conferire valore legale ai titoli conseguiti all'estero, lo stesso doveva ritenersi necessario

anche se non espressamente menzionato nella documentazione di gara. Di conseguenza, la mancanza della certificazione di equipollenza rendeva carente la documentazione relativa al requisito tecnico professionale richiesto per la partecipazione alla gara. Né, ad avviso anche del Consiglio di Stato, questa carenza poteva essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio. A quest'ultimo riguardo il Consiglio di Stato ricorda peraltro come questa conclusione non trovi unanime accoglimento da parte della giurisprudenza. Esiste infatti anche un diverso orientamento dei giudici amministrativi secondo cui il certificato di equipollenza può essere prodotto in sede di soccorso istruttorio, in quanto attiene alla comprova di un requisito speciale di qualificazione che di per sé non può essere considerato una componente dell'offerta tecnica del concorrente, attenendo piuttosto alla documentazione amministrativa per sua natura suscettibile di integrazione nell'ambito del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio nel Dlgs 36/2023

Le conclusioni cui giunge la sentenza sono accompagnate da un articolato iter argomentativo in cui il giudice amministrativo da un lato ricostruisce la ratio del soccorso istruttorio; dall'altro ne esamina la disciplina anche alla luce delle novità introdotte dal Dlgs 36.

Il punto di partenza è rappresentato dalla funzione antiformalistica che guida la disciplina e l'utilizzo dell'istituto. Tale funzione si estrinseca nell'esigenza di evitare che un'applicazione rigida e acritica delle regole formali che disciplinano lo svolgimento delle gare ad evidenza pubblica si riveli controproducente sotto il profilo sostanziale della valutazione delle offerte e si risolva in ultima analisi in una diseconomia dell'azione amministrativa.

Sotto questo profilo la nuova disciplina del soccorso istruttorio contenuta nell'articolo 101 del Dlgs 36 ne amplifica funzione e portata applicativa. Tale disciplina consente peraltro di individuare distinte tipologie di soccorso istruttorio:

- soccorso integrativo, che mira al recupero di carenze relative alla documentazione amministrativa, con esplicita esclusione di quelle inerenti l'offerta tecnica ed economica;-soccorso sanante, che consente di rimediare a omissioni, inesattezze e irregolarità della documentazione amministrativa, comunque già presentata dai concorrenti;-soccorso in senso stretto (che riprende la nozione di soccorso procedimentale elaborata in passato dalla giurisprudenza) che consente all'ente appaltante di sollecitare chiarimenti o spiegazioni anche sui contenuti dell'offerta tecnica o economica, fermo restando il principio dell'immodificabilità dell'offerta (nel senso che non può subire modifiche di natura sostanziale);

-soccorso correttivo, che si caratterizza rispetto alle altre tipologie in quanto prescinde dall'iniziativa dell'ente appaltante, consentendo direttamente al concorrente di rettificare errori relativi al contenuto dell'offerta fino al momento della relativa apertura e fermo restando anche in questo caso il principio dell'immodificabilità della stessa.

È evidente che il soccorso istruttorio esce rafforzato e ampliato nella sua operatività dalla disciplina contenuta nel nuovo Codice. Sullo sfondo resta il tema della necessità di mantenere fermo il principio della par condicio, anche alla luce del rispetto del canone di autoresponsabilità cui

dovrebbe essere ispirato il comportamento dei concorrenti chiamati al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali.


Il soccorso istruttorio e i requisiti speciali

Anche alla luce dell'analisi della nuova disciplina il Consiglio di Stato giunge alle conclusioni relative al caso di specie. Il primo punto fermo è che resta inalterato il principio secondo cui il soccorso istruttorio non è attivabile per sanare irregolarità e/o carenze relative all'offerta tecnica e economica. Restano invece sanabili carenze e irregolarità che attengono alla documentazione amministrativa. Sulla base di questa linea di discriminazione, il giudice amministrativo ritiene che il soccorso istruttorio possa operare con riferimento ai requisiti generali ma non in relazione ai requisiti speciali. E ciò in quanto questi ultimi vengono a strutturare i termini dell'offerta con riferimento alle capacità tecniche, economiche e professionali necessarie per l'esecuzione delle prestazioni. Di conseguenza, utilizzare il soccorso istruttorio con riferimento ai requisiti speciali comporterebbe una violazione del principio di immodificabilità dell'offerta. In realtà questo passaggio rappresenta il punto critico dell'iter argomentativo, tenuto conto che – come indicato in precedenza – altra giurisprudenza ha espresso posizioni diverse. E infatti, la completa e diretta immedesimazione tra requisito speciale e contenuto dell'offerta non appare di così immediata evidenza.

Il soccorso istruttorio alla luce dei principi generali del Dlgs 36

Come più volte rappresentato, la condivisibile funzione antiformalistica propria del soccorso istruttorio deve essere mediata con l'altrettanto significativa necessità di non violare altri principi fondamentali della contrattualistica pubblica, primo fra tutti il principio della par condicio. Sotto questo profilo si deve tuttavia rilevare che tra i nuovi principi generali individuati nei primi articoli del Dlgs 36 quali criteri ispiratori della disciplina complessiva ve ne sono almeno due che vanno nel senso di rafforzare la finalità e l'estensione applicativa del soccorso istruttorio.

Il primo è il principio del risultato (articolo 1), che vuole indirizzare l'attività di selezione del contraente più al raggiungimento del miglior risultato sotto il profilo sostanziale che al rispetto della regola formale. Il secondo è il principio di buona fede e tutela dell'affidamento (articolo 5), secondo cui nelle procedure di gara stazioni appaltanti e concorrenti devono ispirare il loro comportamento reciproco al rispetto dei principi di buona fede e affidamento. Il che implica anche una leale collaborazione sotto il profilo della regolarizzazione documentale di incompletezze sanabili e non suscettibili di incidere sul contenuto sostanziale dell'offerta.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

