

Soccorso Istruttorio e appalti, la guida dell'Anac

Guida completa dell'Autorità sull'istituto del soccorso istruttorio negli appalti

La Guida pubblicata dall'ANAC sull'istituto del Soccorso istruttorio nelle gare (art. 83, comma 9 Codice Appalti Pubblici) riprende le massime più importanti dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa sulla regolarizzazione e integrazione della documentazione di gara.

Sul [soccorso istruttorio in generale, al di fuori degli appalti pubblici, si veda qui](#).

Si tratta di un istituto fondato sul principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, permettendo di effettuare un regolarizzazione o integrazione documentale in sanatoria ogni qual volta vi sia una carenza di elementi o dichiarazioni irregolari o mancanti, entro il termine perentorio individuato dalla Stazione Appaltante, non superiore a 10 giorni.

L'Anac suddivide la trattazione in tre momenti, corrispondenti alle tre fasi in cui può rendersi necessaria la regolarizzazione.

- In primo luogo la questione del soccorso sull'offerta economica e tecnica, e in particolare concentrandosi sull'omissione degli oneri di sicurezza e della sottoscrizione.
- In secondo luogo, viene trattato il soccorso istruttorio sui requisiti di partecipazione di carattere generale e speciale, e in particolare rispetto all'avvalimento e al contratto di avvalimento
- Il terzo luogo, il soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione.

Infine l'ANAC si occupa anche della questione del soccorso istruttorio sulla cauzione provvisoria e sul contributo integrativo all'Autorità.

Di seguito l'estratto del Vademecum “Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di “avvalimento” e “soccorso istruttorio” anno 2017”.

SOCCORSO ISTRUTTORIO

INDICE

Premessa

1. Cause tassative di esclusione

2. Sanzione pecuniaria

3. Irregolarità dell'offerta tecnica ed economica

3.1 Integrazione del contenuto dell'offerta

3.2 Mancata sottoscrizione dell'offerta

3.3 Oneri di sicurezza aziendali

4. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale

5. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere speciale

6. Avvalimento

7. Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione

8. Cauzione provvisoria e contributo integrativo all'Autorità

Premessa

L'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 ha riproposto nel nuovo Codice, seppure con una formulazione in parte differente, l'istituto del soccorso istruttorio cosiddetto "rinforzato", introdotto con il comma 2-bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dal d.l. n. 90/2014, confermando dunque la scelta del legislatore di privilegiare l'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese.

L'istituto rende possibile la sanatoria degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché l'operatore economico da un lato sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine fissato da quest'ultima, comunque non superiore ai dieci giorni.

L'Autorità ha ritenuto legittima l'esclusione dell'operatore economico che abbia invocato il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza ab origine di requisiti di partecipazione, ancorché rigorosi, richiesti dalla stazione appaltante (Parere di Precontenzioso n. 1087 del 25/10/2017), mentre, anche in un'ottica di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa, con Parere di Precontenzioso n. 879 del 01/08/2017, ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante che, a fronte di tre mancate risposte da parte dei concorrenti, ha provveduto ad acquisire e verificare d'ufficio una dichiarazione già in proprio possesso, sebbene per altra gara, consentendo la massima partecipazione.

1. Cause tassative di esclusione

La portata applicativa dell'istituto, come anche sottolineato dall'Autorità nella Determinazione n. 1 del 08/01/2015 (1), va inevitabilmente ad intrecciarsi con le cause tassative di esclusione, nel senso che opera uno spostamento dell'operatività delle cause di esclusione a valle del procedimento di soccorso istruttorio: ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere dell'essenzialità – da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulla cause tassative di esclusione – la stazione appaltante non può più procedere direttamente all'esclusione del concorrente ma deve prima avviare il procedimento volto alla sanatoria delle irregolarità rilevate. Alla luce di tale considerazione l'Autorità ha ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare la documentazione e le dichiarazioni mancanti relative ai requisiti di partecipazione anche nei casi in cui la lex specialis non lo prevedeva e comminava espressamente l'esclusione dalla gara (Parere di Precontenzioso n. 606 del 31/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 1340 del 20/12/2017).

(1) Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

2. Sanzione pecuniaria

Il decreto correttivo, ha introdotto un'importante novità in tema di soccorso istruttorio, rendendolo, di fatto, gratuito con la soppressione della sanzione pecuniaria (1). Con riferimento alle gare bandite sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 e fino alla novella apportata dal richiamato correttivo, sono venute in rilievo questioni riguardanti la natura essenziale delle irregolarità ai fini della valutazione della legittimità dell'irrogazione della sanzione pecuniaria e la quantificazione del suo importo nei bandi di gara. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, l'Autorità ha ritenuto che, trattandosi di obbligazione pecuniaria, prerequisite per la sua legittima applicazione, come anche chiarito nella Determinazione n. 1/2015 e dalla giurisprudenza, sia la quantificazione del suo importo negli atti di gara. Ciò al fine di autovincolare la condotta delle stazioni appaltanti a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese (Pareri di Precontenzioso n. 838 del 27/07/2017 e n. 1344 del 20/12/2017) (02).

Altro aspetto controverso sempre riguardante le gare bandite prima del decreto correttivo è risultato quello dell'applicazione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'operatore economico, invitato a sanare la documentazione presentata, decida di non regolarizzare. L'Autorità, nella Determinazione n. 1 del 08/01/2015, in contrasto con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa e contabile allora prevalente, ha sostenuto la tesi del pagamento della sanzione solo in caso di regolarizzazione. Sul punto è intervenuto il nuovo Codice con la specifica previsione che la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione.

L'Autorità ha quindi ritenuto, in linea con la giurisprudenza amministrativa più recente (Tar Lazio, sez. III, 12/09/2016, n. 9656; Cons. di Stato, sez. V, 16/01/2017, n. 92) ed in virtù del principio di proporzionalità, che la sanzione deve essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa, qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, tale corrispettivo non è dovuto, non essendoci un aggravio procedimentale in capo alla stazione appaltante (Pareri di Precontenzioso n. 319 e n. 320 del 29/03/2017).

E' stato inoltre ritenuto che ciò che rileva, ai fini dell'applicazione della sanzione, non è tanto la semplice dichiarazione di voler aderire al soccorso istruttorio (Parere di Precontenzioso n. 399 del 05/04/2017) quanto la messa in atto da parte del concorrente di un comportamento che manifesti l'effettiva volontà di proseguire nella gara avvalendosi dell'istituto (Parere di Precontenzioso n. 325 del 29/04/2017), indipendentemente dal fatto che produca documentazione integrativa non rispondente alle esigenze della stazione appaltante o che non provveda all'integrazione documentale nel termine stabilito (Parere di Precontenzioso n. 528 del 17/05/2017).

La soppressione della sanzione pecuniaria, insieme all'eliminazione dell'obbligo di regolarizzare le dichiarazioni non essenziali e le irregolarità meramente formali, sembrerebbe rendere irrilevante la categoria di irregolarità definite dall'Autorità come tertium genus (3) e rappresentate dai casi di irregolarità non essenziali, e in quanto tali sanabili senza il pagamento della sanzione, ma che tuttavia afferiscono ad elementi indispensabili, come ad esempio il caso di un operatore economico che, pur avendo dichiarato il possesso della certificazione di qualità UNI ISO 9001:2008 all'interno dell'istanza di partecipazione, ha contestualmente prodotto copia di certificato scaduto (Parere di Precontenzioso n. 289 del 22/03/2017) oppure il caso della stazione appaltante che nutre dubbi circa l'effettiva riconducibilità dei servizi, appositamente autocertificati dall'operatore economico secondo il modello predisposto, alla categoria richiesta dal bando di gara (Parere di precontenzioso n. 884 del 01/08/2017). In questi casi è stato ritenuto che la richiesta di chiarimenti non integri un'ipotesi di soccorso istruttorio in senso proprio ma sia riconducibile all'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, a sua volta discendente dal principio generale di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

(1) Come strumento di deterrenza, al fine di evitare un utilizzo indiscriminato dell'istituto e di incentivare gli operatori economici ad avere un atteggiamento virtuoso, assume oggi rilevanza l'influenza che il mancato utilizzo del soccorso istruttorio ha, in positivo, sul rating di impresa (art. 83, comma 10). Sembra, quindi, essere stato accolto quanto suggerito dal Consiglio di Stato in occasione dei due pareri forniti, prima, sullo schema di d.lgs. 50/2016 (parere n. 855 del 2016) e, successivamente, sullo schema di correttivo (parere n. 782 del 2017).

(2) Nel caso di specie l'Autorità ha altresì precisato che, con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione

deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre.

(3) Cfr. la Determinazione ANAC n. 1 del 2015, p. 7 ss.

3. Irregolarità dell'offerta tecnica ed economica

3.1 Integrazione del contenuto dell'offerta

L'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto non si estende alle irregolarità afferenti all'offerta tecnico-economica. L'Autorità, in linea con il dettato normativo (art. 83, comma 9, secondo periodo, del Codice dei contratti) e con quanto già affermato nella Determinazione n. 1 del 2015, ha precisato che non è consentito esperire il soccorso istruttorio per precisare o integrare elementi dell'offerta tecnico-economica (Parere di Precontenzioso n. 488 del 3/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 792 del 19/07/2017 concernente la mancata indicazione della percentuale di solfato di bario, come invece richiesto dalla legge di gara; Parere di Precontenzioso n. 900 del 06/09/2017 relativo a lacune sulla indicazione del marchio nelle specifiche tecniche allegate all'offerta) e che non è possibile acquisire dichiarazioni integrative dell'offerente al fine di rettificare l'offerta errata (Parere di Precontenzioso n. 26 del 18/01/2017). Il completamento o l'integrazione dell'offerta, infatti, si porrebbe in contrasto con la par condicio, il libero gioco della concorrenza, il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura e con la violazione del principio di segretezza dell'offerta. Ciò premesso, restano fermi il principio secondo cui in presenza di incertezza interpretativa della legge di gara l'obiettiva regola dell'imparzialità (a cui consegue l'esclusione) cede al principio generale del favor participationis, per cui è stato ritenuto non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che ha presentato un'offerta tecnica calcolata sul triennio di durata complessiva dell'affidamento, piuttosto che sulla durata di un anno, a fronte di una clausola del bando di dubbia interpretazione (Parere di Precontenzioso n. 1086 del 25/10/2017), e il principio giurisprudenziale (1) in base al quale le offerte di gara sono suscettibili di essere interpretate, ed eventualmente rettificate, dalla stazione appaltante alla ricerca dell'effettiva volontà del dichiarante, purché non si attinga a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (Parere di Precontenzioso n. 882 del 01/08/2017) (2).

(1) Cfr. Cons. di Stato, sez. III, 27/03/2014, n. 1487.

(2) Pare opportuno ricordare che il Consiglio di Stato, nei due pareri forniti rispettivamente sullo schema del d.lgs. 50/2016 e sullo schema del correttivo (Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855; Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782), ha sottolineato l'opportunità di conservare un "soccorso procedimentale", nettamente distinto dal soccorso istruttorio, in virtù del quale la stazione appaltante possa richiedere, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, chiarimenti e giustificazioni al concorrente, ribadendo comunque il divieto di integrazione dell'offerta tecnico-economica.

3.2 Mancata sottoscrizione dell'offerta

In diverse occasioni l'Autorità ha avuto modo di affrontare il caso della mancata sottoscrizione dell'offerta. Nella Determinazione n. 1 del 2015, affermato che la sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza costituisce un elemento essenziale, avendo la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto e di assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa, l'Autorità si è espressa a favore della sanabilità della carenza della sottoscrizione dell'offerta, con pagamento della sanzione (cfr. anche P. Prec. n. 24 del 05/08/2014; P. Prec. n. 10 del 04/02/2015; P. Prec. n. 953 del 07/09/2016). Il richiamato orientamento, già espresso dal Consiglio di Stato (1), è stato ribadito in numerosi pareri, ferma restando la necessità che l'offerta sia riconducibile al concorrente in modo da escluderne l'incertezza assoluta circa la provenienza (2) (Pareri di Precontenzioso n. 432 e n. 433 del 27/04/2017; Pareri di Precontenzioso n. 1177 e n. 1179 del 15/11/2017; Parere di Precontenzioso n. 1298 del 12/12/2017). Tale approdo ermeneutico non è tuttavia condiviso da parte della giurisprudenza amministrativa, sulla base della considerazione che la mancata sottoscrizione inficerebbe irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta (3). E' comunque ritenuto applicabile il soccorso istruttorio in caso di incompleta sottoscrizione (4), come nel caso di sottoscrizione dei soli rappresentanti legali e non di tutti gli associati del raggruppamento.

(1) Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 15/12/2010, n. 8933; Cons. di Stato, sez. V, 27/04/2015, n. 2063 e 03/05/2016, n. 1687, in base al quale «nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo

all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara».

(2) Non può considerarsi di incertezza assoluta circa la provenienza, ad esempio, il caso in cui l'offerta sia presentata in plico debitamente sigillato e controfirmato contenente le buste A, B e C, a loro volta debitamente sigillate e controfirmate e contenenti la documentazione e le offerte, fra le quali l'offerta della busta B risulti priva di sottoscrizione.

(3) Cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 13/07/2015, n. 1629; TAR Lazio – Roma, sez. III-Ter, 22/12/2015, n. 14451; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 07/06/2016, n. 954.

(4) Cfr. TAR Toscana, sez. I, 31/03/2017, n. 496; Cons. di Stato, sez. V, 10/09/2014, n. 4595 ; TAR Lazio – Roma, sez. I, 16/06/2016, n. 6923.

3.3 Oneri di sicurezza aziendali

Rimanendo in tema di offerta, l'Autorità ha avuto occasione di occuparsi di questioni riguardanti gli oneri di sicurezza aziendale, con particolare riferimento alla possibilità di sanare tramite soccorso istruttorio la mancata indicazione degli stessi nell'offerta economica. In vigenza del vecchio Codice, l'orientamento dell'Autorità (cfr., ex multis, Parere di Precontenzioso n. 122 del 15/07/2015) e della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 20/03/2015, n. 3; Cons. di Stato, Ad. Plen., 02/11/2015, n. 9) era quello di considerare legittima l'esclusione del concorrente che non avesse indicato, come voce di costo distinta e separata all'interno dell'offerta economica, i costi della sicurezza, pur se non espressamente richiesti dalla *lex specialis*. Tuttavia, anche sulla scorta di un recente orientamento giurisprudenziale (1) l'Autorità ha ritenuto che in una gara indetta in vigenza del d.lgs. 50/2016 la cui *lex specialis* non contempli l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, in caso di mancata esplicita indicazione di detti oneri da parte di un concorrente, l'amministrazione è tenuta ad applicare il soccorso istruttorio, previa verifica della natura formale dell'integrazione. Il soccorso istruttorio è infatti considerato esperibile solo se il concorrente abbia indicato un prezzo comprensivo degli oneri della sicurezza senza tuttavia chiarirne l'importo, perché in tale caso la successiva esplicitazione degli oneri si traduce in una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente mentre il soccorso istruttorio non è ritenuto attivabile quando il concorrente ha formulato un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza perché in tale ipotesi la sanatoria apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici (Parere di Precontenzioso n. 2 del 11/01/2017; Parere di Precontenzioso n. 226 del 01/03/2017 (2); Parere di Precontenzioso n. 423 del 12/04/2017; Parere di Precontenzioso n. 1081 del 25/10/2017).

In altre due occasioni (Parere di Precontenzioso n. 440 del 27/04/2017; Parere di Precontenzioso n. 616 del 07/06/2017) l'Autorità ha sostenuto l'illegittimità dell'esclusione, senza previo esperimento dell'istituto, in danno al concorrente che abbia indicato oneri della sicurezza pari a zero facendo affidamento su disposizioni fuorvianti della disciplina di gara. In presenza di espressa previsione nella *lex specialis*, invece, è stata ritenuta legittima l'esclusione, senza applicazione del soccorso istruttorio, del concorrente che abbia quantificato tali oneri pari a zero (Pareri di Precontenzioso n. 283 del 22/03/2017 e n. 435 del 27/04/2017) ed è stata, altresì, ritenuta illegittima la mancata esclusione dell'operatore economico che non abbia indicato separatamente gli oneri di sicurezza aziendale (Parere di Precontenzioso n. 1098 del 25/10/2017 (3)). In tal caso, infatti, il principio per cui devono ritenersi insanabili i difetti dell'offerta prevale sui principi sottesi al soccorso istruttorio, dal momento che la mancata specificazione nel dettaglio di tali oneri o la loro quantificazione pari a zero equivale a presentare un'offerta priva di un elemento essenziale (Cons. di Stato, sez. V, 14/04/2016, n. 1481; TAR Campania – Salerno, sez. I, 05/01/2017, n. 34).

La modifica apportata all'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti, dal decreto correttivo ha ridisegnato l'ambito di applicazione dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, escludendone le forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a). In applicazione della novella, l'Autorità ha ritenuto illegittima l'esclusione

del concorrente da una gara di forniture senza posa in opera per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale (Parere di Precontenzioso n. 1016 del 25/10/2017).

(1) Cfr. Cons. di Stato, Adunanze Plenarie n. 19 e n. 20 del 2016. Giurisprudenza successiva (TAR Sicilia – Catania, sez. III, 12/12/2016, n. 3217; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 14/07/2017, n. 912) ha ritenuto applicabili anche alle gare indette dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice le conclusioni emerse nelle citate Plenarie, alla luce dei principi enunciati e ribaditi dalla Corte di Giustizia dell'UE (sez. VI, ordinanza del 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16).

(2) In tale occasione l'Autorità ha avuto modo di sottolineare che la disposizione di cui all'art. 95, comma 10, trova applicazione anche alle concessioni di servizi.

(3) Nel caso di specie, a rilevare è stato anche il fatto che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale ha influito sul calcolo della soglia di anomalia.

4. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale

Risultano essenziali, e pur tuttavia sanabili (non più con pagamento della sanzione dopo l'entrata in vigore del decreto correttivo al d.lgs. 50/2016), le irregolarità concernenti le dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (oggi art. 80 del Codice dei contratti). In particolare, è stata ritenuta legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della dichiarazione dei singoli requisiti di ordine generale stabiliti dall'art. 38, comma 1, che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso, dai soggetti specificatamente indicati (nelle lett. b), c) e m-ter) del comma 1 dell'art. 38) (Pareri di Precontenzioso n. 215 e n. 218 del 01/03/2017, il primo dei quali riferito alla mancata produzione della dichiarazione del possesso dei requisiti di cui alle predette lettere da parte del Responsabile Tecnico ai fini dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, e Parere di Precontenzioso n. 489 del 03/05/2017, riferito alla carenza della dichiarazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. l) del Codice da parte del direttore tecnico). In altra circostanza (Parere di Precontenzioso n. 605 del 31/05/2017), l'Autorità ha confermato, sulla base di quanto precisato dal Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016 (1), che 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 dei contratti e che la mancanza in merito a tale obbligo deve ritenersi essenziale ma sanabile.

Con Parere di Precontenzioso n. 95 del 08/02/2017, l'Autorità ha affermato che le dichiarazioni sulle assenze di cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del Codice devono ritenersi essenziali, e le eventuali carenze in ordine alle stesse sanabili, anche in riferimento alla ditta subappaltatrice nel caso in cui ci si trovi nella circostanza di cui al comma 6 dell'art. 105, ovvero quando risulta obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori fin dalla fase di offerta (2) (3).

Sempre con riferimento al subappalto, con Pareri di Precontenzioso n. 487 del 03/05/2017 e n. 973 del 27 settembre 2017, è stato ritenuto ammissibile, anche facendo leva su recente giurisprudenza (T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 29/12/2016, n. 1790), il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori. Nel primo caso l'Autorità ha altresì condiviso l'interpretazione comunitariamente orientata espressa dal Consiglio di Stato (Comm. Spec., 3/11/2016, n. 2286), in base alla quale, per cercare di coordinare le disposizioni dei commi 1 e 5 dell'art. 80 con quelle del comma 12 dell'art. 105 (4), quando risulta obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori occorre che almeno uno di essi abbia i requisiti per eseguire la prestazione. Nel secondo caso, anche sulla scorta di un consolidato indirizzo giurisprudenziale (5), è stato precisato che è illegittima l'esclusione del concorrente che, in sede di soccorso istruttorio, rinuncia al subappalto dichiarando di voler eseguire in proprio la prestazione, qualora sia in possesso dei requisiti di partecipazione.

(1) Recante "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del DGUE".

(2) Il legislatore, con il d.lgs. 50/2016, ha introdotto tale obbligo che, successivamente al correttivo, sussiste non più solo in caso di appalti di importo pari o superiore alle soglie indicate all'art. 35 ma

anche, indipendentemente dall'importo, qualora gli appalti riguardino attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

(3) Resta ferma la disposizione di cui al comma 7 dell'art. 105, in base alla quale al momento del deposito del contratto di subappalto, cioè successivamente all'aggiudicazione, l'affidatario trasmette alla stazione appaltante la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ad esso dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

(4) I primi due, infatti, comportano, nel caso in cui sia obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori in gara, l'esclusione del concorrente principale anche se le cause di esclusione sono riferite al subappaltatore, il secondo invece prevede l'obbligo di sostituzione del subappaltatore in capo al quale si sia verificata la sussistenza di motivi di esclusione.

(5) Cfr., ex multis, Cons. di Stato, sez. V, 26/03/2012, n. 1726; Cons. di Stato, sez. IV, 13/03/2014, n. 1224.

5. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere speciale

Venendo ai requisiti di carattere speciale, l'Autorità, richiamando il Parere di Precontenzioso n. 617 del 08/06/2016, ha stabilito che non è legittima l'esclusione dell'operatore economico che non ha compilato il campo del DGUE relativo ai requisiti di idoneità professionale senza la previa attivazione del soccorso istruttorio (Pareri di Precontenzioso n. 685 del 28/06/2017 e n. 695 del 05/07/2017) e che è legittimo il ricorso all'istituto per permettere al concorrente la regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla lex specialis, fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti medesimi deve essere verificata al momento fissato dalla legge di gara quale termine per la presentazione dell'offerta (1) (Parere di Precontenzioso n. 54 del 01/02/2017).

Il Parere di Precontenzioso n. 1205 del 22/11/2017 ha trattato il caso riguardante la presentazione da parte di un operatore economico di una attestazione SOA riportante la certificazione del sistema di qualità scaduta. L'Autorità ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante che ha ritenuto tale irregolarità essenziale, costituendo il possesso della certificazione un requisito tecnico-organizzativo necessario ai fini della partecipazione alla gara, e, in quanto tale, sanabile, ratione temporis dietro pagamento di sanzione, dimostrando di aver richiesto l'aggiornamento dell'attestato entro e non oltre il termine di presentazione delle offerte.

Con Parere di Precontenzioso n. 602 del 31/05/2017 è stato ritenuto non applicabile il soccorso istruttorio "rinforzato" in sede di comprova ex art. 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006 dei requisiti di capacità tecnica (in tale circostanza quelli relativi all'art. 42, comma 1, lett. a), al fine di consentire all'aggiudicataria di produrre nuova documentazione probatoria in sostituzione di quella rivelatasi inidonea alla dimostrazione del requisito. Infatti, data la natura perentoria del termine entro cui l'aggiudicataria è tenuta a fornire la dimostrazione del possesso del requisito (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 25/02/2014, n. 10; Cons. di Stato, sez. V, 10/01/2017, n. 40), l'ammissione di quest'ultima al beneficio del soccorso istruttorio comporterebbe la violazione del principio della par condicio (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 31/08/2016, n. 3753). Il principio espresso con riferimento ad una gara bandita sotto la vigenza del precedente codice può trovare applicazione anche ad impianto normativo vigente, dal momento che, pur in assenza di specifiche indicazioni del nuovo Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di ordine generale e speciale (2), dal combinato disposto degli artt. 83, comma 8, 85, comma 5, 86, comma 1, del Codice e dell'art. 71 del d.P.R. n. 445/2000 si evince che le stazioni appaltanti, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione, possono procedere al controllo, anche a campione, sull'effettivo possesso da parte dei restanti concorrenti dei requisiti richiesti e autodichiarati (3).

(1) Sull'ammissibilità di utilizzare il soccorso istruttorio per sanare lacune di produzione documentale, purché il concorrente sia in possesso dei relativi requisiti, cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 08/07/2016, n. 1383; Cons. Stato sez. V, 19/05/2016, n. 2106; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 22/03/2016, n. 434.

(2) L'art. 48 del d.lgs. 163/2006 non trova, infatti, corrispondenza nel d.lgs. 50/2016.

(3) Cfr. il paragrafo 4 del suddetto Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016.

6. Avvalimento

Strettamente connessi al principio per cui l'istituto del soccorso istruttorio non può essere utilizzato, a pena della violazione della par condicio, per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione dell'offerta/domanda sono i pareri resi all'Autorità in materia di soccorso istruttorio applicato all'avvalimento. In più occasioni (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/2017 (1); Pareri di Precontenzioso n. 1332, n. 1333 e n. 1334 del 20/12/2017), supportata anche da costante giurisprudenza (2), l'Autorità ha ritenuto inapplicabile il soccorso istruttorio per colmare le lacune del contratto di avvalimento apportandovi integrazioni postume, posto che tale documento rappresenta il presupposto per la partecipazione alla gara fornendo all'avvalente il requisito mancante. E' stata, invece, ritenuta ammissibile, non essendo inficiato il possesso dei requisiti, l'integrazione del contratto di avvalimento al fine di chiarire la piena responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria (Pareri di Precontenzioso n. 392 del 12/04/2017 e n. 1026 del 11/10/2016).

Con Parere di Precontenzioso n. 617 del 07/06/2017, l'Autorità ha precisato che, qualora l'obbligo di cointestazione della polizza fideiussoria sia previsto dalla lex specialis, è da ritenersi, altresì, sanabile (gratuitamente) la mancata intestazione della garanzia anche all'impresa ausiliaria, poiché, stante la sua natura meramente accessoria, non determina l'incertezza assoluta dell'offerta. È stato, infatti, ricordato, con il supporto anche di recente giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, sez. IV, 02/12/2016, n. 5052) che, non prevedendo le attuali disposizioni codicistiche nulla in merito all'obbligo di cointestazione della polizza fideiussoria anche all'impresa ausiliaria, in mancanza di apposita previsione della legge di gara è sufficiente l'intestazione della sola ditta principale (3).

(1) Nel caso di specie, il contratto di avvalimento era mancante dell'impegno dell'impresa ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi indicati dal bando come "esperienze professionali pertinenti" (art. 89, comma 1).

(2) Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 30/03/2017, n. 1456; Cons. di Stato, sez. III, 29/01/2016, n. 346 e 22/01/2014, n. 294; TAR Liguria, sez. II, 02/12/2016, n. 1201; TAR Campania – Napoli, sez. VIII, 29/09/2016, n. 4484; TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 12/04/2016, n. 706; TAR Toscana, sez. I, 15/07/2016, n. 1197).

(3) La succitata proposta ANAC, attualmente in consultazione, relativa ai casi e alle modalità di avvalimento, si muove in tale direzione, così recitando, all'art. 4, comma 4: «in caso di avvalimento, la garanzia fideiussoria di cui all'art. 93, comma 1, del Codice, deve riguardare unicamente il concorrente».

7. Soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione

Alcuni Pareri hanno riguardato la fattispecie del soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione. Non trattandosi di integrazione o regolarizzazione di documentazione prodotta a comprova del possesso dei requisiti già dichiarati, bensì 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, l'Autorità, in accordo con parte della giurisprudenza amministrativa (1), ha ritenuto legittima la riattivazione del soccorso istruttorio al fine di completare il processo di emendamento di ulteriori e diverse irregolarità formali (Pareri di Precontenzioso n. 50 del 01/02/2017 e n. 946 del 13/09/2017).

(1) Cfr. TAR Puglia – Lecce, sez. III, 29/04/2016, n. 712; TAR Lombardia, sez. IV, 24/06/2016, n. 1276; TAR Puglia – Bari, sez. I, 20/07/2016, n. 948; TAR Roma, sez. II, 15/03/2017, n. 3541.

8. Cauzione provvisoria e contributo integrativo all'Autorità

Nella Determinazione n. 1 del 2015, l'Autorità ha ritenuto che il soccorso istruttorio trovi applicazione anche in caso di irregolarità relative alla cauazione provvisoria (art. 75 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 93

del Codice dei contratti), a condizione che essa sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta.

Ciò posto, con Parere di Precontenzioso n. 531 del 17/05/2017 è stata considerata legittima l'esclusione dalla gara nel caso in cui, nel termine concesso dalla stazione appaltante, il concorrente abbia prodotto, invece dell'originale richiestogli, una copia non autenticata della polizza fideiussoria stipulata a titolo di garanzia provvisoria. Tale adempimento, richiesto infatti in funzione dell'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla serietà dell'offerta che riveste la cauzione provvisoria, non viola il principio di proporzionalità e trova fondamento in previsioni di legge. Anche la mancanza della dichiarazione d'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva, da produrre unitamente alla cauzione provvisoria, è suscettibile di soccorso istruttorio (Parere di Precontenzioso n. 93 del 08/02/2017). Infine, è stata ritenuta sanabile anche la mancanza di allegazione della certificazione ISO 9001:2008, al fine di ottenere la dimidiazione della cauzione, nel caso in cui la società sia in possesso della suddetta certificazione (Parere di Precontenzioso n. 57 del 01/02/2017).

L'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto si estende anche alle carenze relative al versamento del contributo integrativo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 266/2005. L'Autorità, infatti, ha ritenuto sanabile, dietro pagamento della sanzione fino al decreto correttivo, la mancata allegazione alla domanda di partecipazione della ricevuta di pagamento del suddetto contributo, purché il versamento, come precisato anche dalla Determinazione n. 1/2015, sia stato disposto in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (Pareri di Precontenzioso n. 326 del 29/03/2017 e n. 838 del 27/07/2017).