

Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: *pre* e *post* D.Lgs. n. 56/2017

(Aid investigation in the new Public Procurement Code: *pre* and *post* D.Lgs. n. 56/2017)

Abstract

Il presente contributo ha ad oggetto la nuova disciplina sul c.d. soccorso istruttorio in materia di gare d'appalto di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. In particolare, nella prima parte si analizza l'evoluzione che ha nel tempo subito l'istituto in parola fino al D.L. n. 90 del 2014, col quale si è notevolmente ampliato il suo perimetro di applicazione. Nella seconda parte, che è direttamente dedicata all'analisi della nuova disciplina, *pre* e *post* "correttivo", si dà risalto alle analogie e alle differenze che vi sono tra quest'ultima e quella contenuta nel D.Lgs. n. 163 del 2006. In tale parte si tratta, infine, della dubbia legittimità costituzionale della sanzione pecuniaria prevista dalla originaria formulazione del citato art. 83 del nuovo codice degli appalti e di come il legislatore sia intervenuta su di essa con il D.Lgs. n. 56/2017.

This paper relates to the new regulations on the so-called aid investigation regarding tenders in Art. 83 of Legislative Decree No. 50/2016. In particular, in the first part it analyses the evolution that has suffered over time the institution in question up to the Decree Law No. 90/2014, with which it has greatly expanded its scope of application. In the second part, which is directly dedicated to the analysis of the new legislation, *pre* and *post* *correttivo*, it emphasizes the similarities and differences that exist between the latter and the one contained in the Legislative Decree No. 163/2006. Finally, in this part, it is examined the dubious constitutionality of the financial sanction provided for in the original formulation of the above-mentioned Art. 83 of the new Public Procurement Code and how the legislator tried to solve this problems whit the Legislative Decree No. 56/2017.

Sommario: 1. Sulla crescente rilevanza del dovere di soccorso istruttorio: dalle origini al D.Lgs. n. 50 del 2016. 2. Sui limiti che incontra il libero dispiegarsi del dovere di soccorso istruttorio. 3. Sul diverso trattamento riservato alle «irregolarità essenziali» e alle «irregolarità formali» nell'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. 4. Sulla sanzione pecuniaria prevista nei casi di «irregolarità essenziali» dall'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. 5. Sulla parziale incostituzionalità dell'originaria formulazione dell'art. 83, co. 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016. 6. Sulle modifiche apportate dal "correttivo" al comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

1. Sulla crescente rilevanza del dovere di soccorso istruttorio: dalle origini al D.Lgs. n. 50 del 2016

Pur affondando le sue radici nel diritto amministrativo generale¹, è nel diritto "secondo"² degli appalti

1 L'istituto del soccorso istruttorio trova, infatti, fondamento normativo in ben due norme della l. n. 241 del 1990. Ci si riferisce, da un lato, all'art. 6, co. 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990 (per il quale il Responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete»), dall'altro, all'art. 10-*bis* della medesima l. n. 241 del 1990 (il quale, a sua volta, prevede che «nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda»). Sulle analogie tra quanto prescritto dalle predette previsioni della l. n. 241 del 1990 e l'istituto in esame si rinvia a M. OCCHIENA – H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (diretto da) M.A. SANDULLI – N. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, Milano, 2008, vol. II, 1594 ss.; F. APERIO BELLA, *Soccorso istruttorio*, in www.lamministrativista.it, 1; A. MANZI, *Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, in *Giur. it.*, 2016, 2520 ss.; IDEM, *In attesa della*

che l'istituto del “soccorso istruttorio”³ ha trovato il suo *habitat* naturale. È, infatti, proprio in tale contesto che detto istituto si è maggiormente sviluppato, acquisendo sempre più la funzione di antidoto all'esasperato formalismo che tradizionalmente connota la disciplina sull'evidenza pubblica.

La crescente importanza attribuita al soccorso istruttorio nel campo delle procedure di affidamento dei contratti pubblici ha di rimando accentuato la rilevanza accorda ad esso anche in tutti gli altri rami del diritto amministrativo. Non di rado, infatti, ci si imbatte in sentenze, riguardanti tutt'altre materie, in cui la disciplina sul soccorso istruttorio prevista dalla legislazione in materia di appalti viene richiamata a conferma della generale esigenza di evitare «atteggiamenti ostruzionistici o (...) ispirar(ti) ad eccessivo formalismo»⁴ e quindi per giustificare la possibilità di operare «integrazioni documentali che consentano di superare la mancanza o incompletezza delle dichiarazioni»⁵ presentate a corredo di una determinata domanda formulata all'amministrazione.

Dopo aver trovato la sua primigenia disciplina nell'art. 15 del D.Lgs. n. 358 del 1992⁶, l'istituto del soccorso istruttorio in materia di gare d'appalto ha, come si è anticipato, visto progressivamente ampliare il suo perimetro di applicazione. E ciò per via della duplice metamorfosi che esso ha subito nel

plenaria...un altro colpo a favore delle tesi sostanzialistiche nell'applicazione del cd. soccorso istruttorio, in *Urb. e app.*, 2013, 1309 ss. A tal riguardo si veda anche Cons. Stato., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Con riferimento all'art. 6 della l. n. 241 del 1990 si vedano M. IMMORDINO – M.C. CAVALLARO – N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 434 ss. e P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in *L'azione amministrativa*, (a cura di) A. ROMANO, 2016, 262 ss.

Relativamente all'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 si rinvia a: G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 1554 ss.; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, (a cura di) L. PERFETTI, Padova, 2008, 35 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, cit., 382 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Art. 10 bis l. n. 241/1990*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 278 ss.

In generale, per un'approfondita analisi dell'istituto del soccorso procedimentale nelle sue varie sfaccettature si rinvia al recente lavoro monografico di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

- 2 Com'è noto, l'espressione «diritti secondi» è stata coniata da autorevole dottrina civilistica, che con essa fa riferimento a «ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune e assoggettati a una logica diversa» (Così C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi la ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 397). Sul punto si veda anche (e prima ancora) C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158 ss.
- 3 Con riferimento all'espressione “soccorso istruttorio” autorevole dottrina ha osservato che si tratta di «un'espressione anfibia». E che «la doppia lettura che se ne può fare, in mancanza di un termine diverso e diversificato che ormai la prassi acquisita non consente ci costringe o ci autorizza a mantenere questa espressione, a considerarla insostituibile anche se è indicativamente fruibile sia nel campo del procedimento sia in quello, che dovrebbe essere il più proprio, del processo amministrativo. Si tratta, comunque, per entrambi i campi considerati, di un momento “istruttorio”» (Così N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.giustamm.it*, 1).
- 4 Così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 151.
- 5 Così T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 1088, in *www.leggiditalia.it*, ove si precisa che l'ampliamento, in seguito alla novella del 2014, delle ipotesi in cui trova applicazione l'istituto del soccorso istruttorio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici «inevitabilmente si riflette anche sull'estensione del dovere di soccorso istruttorio nella generalità degli altri procedimenti di massa (o, comunque, in cui siano interessati una pluralità indeterminata di soggetti)» Sotto tale profilo cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 maggio 2016, n. 6209 e T.A.R. Campania, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4648, entrambe in *www.leggiditalia.it*.
- 6 Un'esauritiva analisi delle varie norme susseguite in *subiecta materia* si trova in M. OCCHIENA – H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, cit., 1593-1594.

corso degli anni.

Anzitutto, da istituto ad applicazione facoltativa, il soccorso istruttorio è stato innalzato dalla giurisprudenza alla stregua di un vero e proprio dovere per le stazioni appaltanti⁷.

Nonostante l'ambiguo tenore letterale delle norme via via succedutesi⁸, è da tempo ormai pacifico che il soccorso istruttorio, diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti a noi prossimi⁹, non rappresenti per le stazioni appaltanti una mera facoltà o un potere eventuale¹⁰, ma si risolva per le stesse «in un doveroso ordinario *modus procedendi*»¹¹. Quindi, le stazioni appaltanti «ha(nno) il dovere (prima ancora che il potere)»¹² di soccorrere i concorrenti che abbiano commesso degli errori nel predisporre la documentazione prodotta in sede di gara. Errori che sono talvolta causati da mera disattenzione, talaltra dalla mancata comprensione della pertinente disciplina (spesso effettivamente di non perspicua lettura¹³) o dalla incolpevole ignoranza della giurisprudenza creativa formatasi su di essa¹⁴.

Prendendo in prestito categorie penalistiche, si può dunque dire che l'omissione di soccorso da parte delle stazioni appaltanti non sia mai priva di conseguenze, integrando, nel caso in cui sussistessero i requisiti per darvi corso, un autonomo vizio dell'operato di queste ultime. D'altronde, se così non fosse,

7 A tal riguardo si vedano B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 1193 ss. e F. LACAVA, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, (a cura di) F. SAIITA, Padova, 2008, 395-396.

8 Sul punto cfr. H. GARUZZO, *Commento all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, (diretto da) G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI, Milano, 2013, vol. I, 693 ss.

9 Nell'ordinamento francese è infatti assodato che «la richiesta di regolarizzazione della *candidature* costituisce una facoltà, e non un obbligo, liberamente esercitabile dal *pouvoir adjudicateur*» (così P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, in *Urb. e App.*, 2015, 137).

10 In tal senso si è espresso N. SAIITA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 7. È dunque da ritenersi del tutto superato l'orientamento secondo cui l'esercizio «della facoltà dell'Amministrazione di invitare le concorrenti a completare o chiarire i documenti presentati (...) rappresent(i) una scelta discrezionale e non un obbligo» (così Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392, in www.giustizia-amministrativa.it). In termini si esprime anche Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2002, n. 3595, anch'essa in www.giustizia-amministrativa.it, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a F. VENTURA, *commento all'art. 46*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, (a cura di) A. CARULLO - G. IUDICA, Padova, 2012, 505).

11 Così T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 10 marzo 2015, n. 375. In termini cfr., tra le tante, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2016, n. 715; Cons. Stato, sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4494; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 aprile 2014, n. 1116; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 4 febbraio 2011, n. 127; Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2007, n. 4027; Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068, tutte in www.leggiditalia.it.

12 Così T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 19 marzo 2013, n. 422, in www.leggiditalia.it.

13 Sul punto si rinvia a M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il dir. dell'economia*, 2013, 523, ove condivisibilmente si sottolinea che «l'eccesso di regolamentazione, la mutevolezza e la disorganicità della disciplina sugli appalti vanno ovviamente a tutto discapito della chiarezza e della conseguente piana attuazione da parte degli operatori pratici (...) neppure particolarmente assistiti dai contributi interpretativi offerti dalla giurisprudenza amministrativa». In tale ottica, com'è stato osservato da altra dottrina, «daddove (...) la semplificazione normativa non sia possibile (o comunque laddove non venga praticata) ben vengano le misure di semplificazione amministrativa che possono attenuare le ricadute nefaste del disordine normativo. Ad esempio, tramite interventi quale la modifica dell'art. 46 del Codice dei contratti che ha introdotto la regola della tassatività delle cause di esclusione: oppure la modifica all'art. 38 recata dall'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014, che ha reso possibile la regolarizzazione anche delle dichiarazioni sostitutive in tema di moralità professionale» (così G. MANFREDI, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. e app.*, 2015, 750).

14 Com'è stato puntualmente evidenziato in giurisprudenza i partecipanti alle procedure di gara «non devono essere costretti a far ricorso a consulenti legali o alla consultazione di massimari di giurisprudenza al fine di formulare l'istanza di partecipazione» (così T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, ord. 9 maggio 2013, n. 510, in www.giustizia-amministrativa.it).

si correrebbe il rischio, parafrasando una celebre frase di Giolitti, di veder il soccorso istruttorio applicato nei confronti dei soli “amici”, con buona pace del principio di imparzialità che rappresenta, come noto, la quintessenza di ogni procedura competitiva.

La cogenza¹⁵ del soccorso istruttorio appare peraltro del tutto coerente con le *rationes* ad esso sottese. Infatti, il soccorso istruttorio, da un lato, costituisce un diretto corollario del principio di *favor participationis*¹⁶, cui devono essere informate tutte le procedure di gara¹⁷. Dall'altro, rappresenta un'applicazione legale del principio del giusto procedimento¹⁸, che «impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara»¹⁹.

Ma ad aver in modo ancor più decisivo influito sull'acquisita centralità dell'istituto in questione è stata la riforma che ha toccato la disciplina del soccorso istruttorio nel 2014²⁰. Con tale novella, con cui sono stati modificati gli articoli 38 e 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, si è infatti notevolmente ampliato il campo di operatività dell'istituto in parola, trasformando il soccorso istruttorio da “eccezione” a “regola”.

Tale mutamento di prospettiva, è bene chiarirlo, non è avvenuto in funzione dell'interesse alla massima partecipazione, bensì per ridurre il contenzioso in materia di appalti²¹. Il “rafforzamento” dell'istituto di cui si discorre è stato, dunque, strumentalmente operato per perseguire detto risultato, che, com'è

15 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663, in *www.leggiditalia.it*, nella quale si parla di «sicura cogenza» dell'istituto in parola.

16 In tal senso Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4760, in *www.leggiditalia.it*. Sotto tale profilo si è osservato in dottrina che l'interesse alla massima partecipazione, cui il dovere di soccorso istruttorio è sotteso, è anche (e prima ancora) «un interesse squisitamente pubblico». Ogni stazione appaltante ha infatti un interesse «alla più ampia partecipazione possibile alla gara per conseguirne il più conveniente esito» (così N. SAIITA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 8. In termini si è espresso anche C. VOLPE, *Bandi di gara e inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di) R. VILLATA, Padova, 2004, 404 ss.

17 Com'è risaputo, la Corte di giustizia ha a più riprese sancito che «è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara di appalto» (così Corte di giust., 19 maggio 2009, in causa C-538/07, in *www.curia.europa.eu*).

18 Sotto tale profilo autorevole dottrina ha espressamente evidenziato che la disciplina sul soccorso istruttorio rappresenti una «filiazione» del «sistema partecipativo» (così N. SAIITA, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 4). Il che è da ultimo ribadito anche da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., *passim*. Secondo tale autore, infatti, il soccorso istruttorio è essenzialmente uno strumento finalizzato a favorire il dialogo tra i privati e le Amministrazioni.

19 Così Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, cit. Per un commento dell'ordinanza da cui è scaturita tale pronuncia dell'Adunanza plenaria si rinvia a G. CAPUTI, *Il soccorso istruttorio al vaglio della Plenaria. “una buona idea” ed una “chiara traiettoria”?*, in *www.giustamm.it*.

20 Attenta dottrina ha a tal riguardo condivisibilmente osservato che invero l'originaria «linea di confine (...) fra dovere di soccorso istruttorio e divieto di integrazione “postuma” della documentazione (...) è stata già in certa misura ridisegnata in ragione della previsione sulla tassatività delle clausole di esclusione (art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006), che ha ampliato il campo di applicazione del soccorso istruttorio» (così P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra “mere” irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urb. e app.*, 2014, 1293). Sul rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione e il dovere di soccorso istruttorio si vedano L. DE GREGORIS, *A lo parlare agi misura: potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro Amm.*, 2014, 2268 ss. e F. RISSO *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di “soccorso istruttorio”*, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2013, 2528 ss.

21 Com'è stato, infatti, osservato in dottrina la riforma del 2014 ha essenzialmente inteso «modificare una linea di tendenza ormai radicata nel nostro ordinamento e nel suo diritto vivente, tesa a concentrare una parte consistente del contenzioso in materia di contratti pubblici nella valutazione dei requisiti meramente formali di partecipazione dei concorrenti: in particolare sulla corrispondenza alle prescrizioni del bando delle dichiarazioni e dei documenti allegati alla domanda di ammissione» (così M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 9).

risaputo, rappresenta ormai la stella polare cui tendono (spesso in modo esasperato²²) tutte le riforme in materia di appalti pubblici.

Del resto, il soccorso istruttorio costituisce un formidabile strumento di deflazione del contenzioso. La facoltà riconosciuta ai concorrenti di regolarizzare, su impulso dell'amministrazione, l'insoddisfacente documentazione originariamente prodotta riduce, infatti, in modo drastico la possibilità di avanzare con successo censure formalistiche. Sotto tale profilo il soccorso istruttorio rappresenta quindi un disincentivo alla c.d. «caccia all'errore»²³.

Per tali ragioni²⁴ con l'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014²⁵ si è, dunque, deciso di rafforzare siffatto istituto,

22 Com'è stato autorevolmente fatto notare, al fine di deflazionare il contenzioso in materia di contratti pubblici, che a torto viene additato quale uno dei motivi che ostano alla ripresa economica del Paese, negli ultimi anni «si [è] scoraggiato l'accesso alla g.a. da parte delle imprese illegittimamente pretermesse con l'imposizione di oneri economici insostenibili (solo i contributi unificati dei due gradi di giudizio, per i contratti di un qualche rilievo, ammontano ad almeno 15 mila euro), si [è] costr(etta) la difesa in tempi e spazi (pagine e battute) ridottissimi, si [è] negato l'effetto soprassessorio e caducatorio del contratto alle pronunce che riscontrano vizi di aggiudicazione delle grandi opere» (così M.A. SANDULLI, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, in www.federalismi.it, 2015, 5). In altre parole, in funzione della riduzione del contenzioso in materia di appalti, si è in questi anni assistito ad un graduale depotenziamento di talune garanzie che in ogni Stato di diritto dovrebbero invece ritenersi sacre ed inviolabili (sul punto si vedano: M. CLARICH, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 2014, n. 21 e F. SAIITA, *Brevi considerazioni sul prospettato rafforzamento del ruolo dell'A.N.A.C. (a margine dell'art. 1, comma 1, lett. t), del disegno di legge delega per l'attuazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*), in www.diritto-amministrativo.org, 3 ss.).

Si consideri che tale criticabile *trend* ha recentemente toccato il suo apice con l'art. 204 del D.Lgs. n. 50 del 2016, col quale si è introdotto il sinora inedito obbligo di immediata contestazione di ogni eventuale illegittimità commessa in sede di ammissione di un altro concorrente. Tale norma, infatti, «muov(e) (...) dalla consapevolezza che molti operatori non avranno la forza – psicologica, giuridica ed economica – per inseguire i diversi atti della procedura di gara». Per tale saliente ragione con il citato art. 204 si è, quindi, compiuto l'ennesimo «passo indietro sulla strada della corretta gestione delle gare pubbliche e della lotta alla corruzione» (M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto euorunitario e la Costituzione*, in www.federalismi.it, 2016, 6).

23 Tale espressione, com'è noto, è mutuata da GUARINO, il quale fece notare che, attesa la natura imperativa delle norme di diritto pubblico, «non deve sorprendere che (...) il ricorso amministrativo o giurisdizionale finisca per assumere conseguentemente il carattere di una professionale “caccia all'errore” nelle procedure amministrative» (così G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 243).

24 Che la *ratio* della novella del 2014 sia quella di limitare (ulteriormente) il contenzioso in materia di appalti si desume agevolmente dalla collocazione di tale disciplina nel capo del D.L. n. 90 del 2014 dedicato al processo amministrativo. Sul punto cfr. F. SAIITA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, cit., 234; S. FOA', *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, cit., 1147 ss. Si veda anche A.N.A.C., det. n. 1 dell'8 gennaio 2015, in www.anticorruzione.it, ove espressamente si riconosce che «la novella in esame sembra finalizzata, altresì, alla deflazione del contenzioso derivante da provvedimenti di esclusione dalle gare d'appalto, per vizi formali – cui non corrisponda l'interesse sostanziale alla reale affidabilità del concorrente – sulle dichiarazioni rese dai partecipanti, con conseguente possibile riduzione dei casi di annullamento e di sospensione dei provvedimenti di aggiudicazione».

25 Con riferimento a tale norma si vedano M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, cit., 8 ss.; F. SAIITA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, cit., 234 ss.; S. FOA', *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, cit., 2014, 1147 ss.; C. MATTEUCCI, *Brevi riflessioni sull'istituto del soccorso istruttorio alla luce dell'art. 39, D.L. n. 90/2014*, in www.giustamm.it. Mi sia infine consentito di rinviare anche a P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in www.giustamm.it.

spostando così il *focus* nella verifica dei requisiti dalla forma alla sostanza²⁶. Dalla citata norma, com'è stato autorevolmente sottolineato dall'Adunanza Plenaria, si evince infatti nitidamente «la volontà univoca del legislatore (...) di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie»²⁷.

Mediante la novella del 2014 si è in particolare superata l'originaria impostazione, più restrittiva rispetto a quella seguita dalle pertinenti norme delle direttive comunitarie²⁸, secondo cui il soccorso istruttorio non poteva mai spingersi a consentire la produzione tardiva di documenti che avrebbero dovuto essere prodotti entro il termine per la presentazione delle offerte²⁹. Il citato art. 39 ha infatti per la prima volta

26 A tal riguardo è stato puntualmente fatto notare che «la garanzia del formalismo e l'efficienza del sostanzialismo hanno ambedue, sia costi, sia vantaggi, ma occorre scegliere l'opzione migliore, sapendo che non sarà ottima, in un caso perché consente (...) la caccia all'errore anche indipendentemente dalla qualità dell'offerta e dell'operatore, nel secondo caso perché consente agli operatori di correggere errori e mancanze che non avrebbero dovuto commettere» (così L. TORCHIA, *La nuova direttiva in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, 298).

27 Così Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, in www.giustizia-amministrativa.it (con riferimento a tale decisione cfr. L. DE PAULI, *La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, in *Urb. e App.*, 2014, 1298 ss.). La norma in questione, nel sancire la sostanziale scusabilità del concorrente, che pur essendo in possesso di tutti i requisiti di partecipazione abbia omissis di attestarne in sede di gara la sussistenza, ha positivizzato un orientamento giurisprudenziale formatosi già prima del suo avvento (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 19 marzo 2014, n. 805; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1058; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 dicembre 2013, n. 2768; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2012, n. 5393; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, ord. 15 gennaio 2013, n. 123; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 giugno 2012, n. 1321; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 20 marzo 2012, n. 298; T.R.G.A., Trento, 16 dicembre 2011, n. 317; Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio, 2010, n. 4436; Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967; T.A.R. Umbria, sez. I, 1° aprile 2011, n. 103; Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4907, tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

Con riferimento a tale orientamento si vedano: F. APERIO BELLA, *Riflessioni sul requisito di "moralità professionale": vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del "Decreto sviluppo" n. 70 del 2011, convertito nella l. n. 106 del 2011*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 10 ss.; L. BERTONAZZI, *Le sentenze della plenaria, nn. 10 e 21 del 2012: alcune perplessità a prima lettura*, in www.giustamm.it; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.A.A. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 104-105; F. BERTINI, *Partecipazione alle gare e pregiudizi dei cessati dalle cariche: punti critici e ipotesi compositive*, in *Urb. e app.*, 2011, 1253 ss. Mi sia consentito di rinviare anche a P. PROVENZANO, *La teoria del "falso innocuo" in materia di dichiarazioni ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2013, 234 ss.

28 Prima dell'avvento del D.L. n. 90 del 2014 si era già puntualmente fatta notare «l'esistenza di una vera e propria dissonanza tra la previsione di cui all'art. 51 della direttiva sugli appalti del 2004 (che fa espressamente riferimento alla figura dell'integrazione) e l'art. 46 c.c.p. (che, al contrario, non richiama tale ipotesi limitandosi a prevedere soltanto le due figure del "completamento" e del "chiarimento")» (così E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, cit., p. 507, sub nota, n. 23). È di tale medesima opinione anche R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 432. Sembra invece di diverso avviso P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015, 239.

29 Come si è osservato in dottrina, in base alla previgente normativa, «l'intervento del RUP della stazione appaltante [era consentito] solamente nei confronti di documenti/dichiarazioni comunque già acquisiti al procedimento amministrativo di aggiudicazione dell'appalto» e tale intervento doveva «contenersi nei limiti di un semplice chiarimento/specificazione e completamento» (così S. USAI, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.*, 2015, 1078). Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale, con riferimento alla disciplina antecedente al D.L. n. 90 del 2014, si legge che «il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti (...) conseguentemente, l'integrazione non è consentita (...); è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi». In termini si veda anche Cons. Stato, sez.

espressamente riconosciuto la possibilità per i concorrenti di integrare (a pagamento) l'incompleta documentazione depositata al momento della presentazione dell'offerta, consentendo così ad essi di rimediare, non solo alle «irregolarità essenziali» delle dichiarazioni rese, ma anche all'omessa presentazione delle stesse.

Siffatta impostazione -venendo all'oggetto del presente scritto- è ora seguita anche dalla disciplina sul soccorso istruttorio contenuta nell'angusto comma 9 del sovrabbondante art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016³⁰, che dunque sotto tale profilo si pone nel solco tracciato dalla novella del 2014³¹.

Infatti, nell'*incipit* di tale previsione, che è rimasto immutato anche in seguito alle modifiche ad essa apportata dal D.Lgs. n. 56/2017, si chiarisce inequivocabilmente che il soccorso istruttorio consente in modo onnicomprensivo di sanare «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda», così confermando che il soccorso istruttorio rappresenta la “regola” e non più l’“eccezione”.

Nel prosieguo si analizzerà la disciplina del soccorso istruttorio di cui al citato comma 9 dell'art. 83 del nuovo codice degli appalti operando un raffronto tra la sua attuale formulazione -che è frutto della novella intervenuta con il già citato D.Lgs. n. 56/2017- e la sua formulazione originaria.

Del resto, entrambe tali formulazioni sono attualmente in vigore, trovando la prima applicazione alle gare bandite successivamente all'entrata in vigore del Decreto correttivo e la seconda a tutte le gare bandite prima di tale data.

2. Sui limiti che incontra il libero dispiegarsi del dovere di soccorso istruttorio

Sebbene il tenore letterale dell'art. 39 del D.L. 90 del 2014 potesse trarre in inganno per via delle «espressioni “totalizzanti” [in esso] utilizzate»³², si è immediatamente rilevato che anche in seguito alla radicale inversione di prospettiva operata da tale norma continuino a sussistere una serie di casi in cui nemmeno il c.d. «soccorso istruttorio rinforzato»³³ può evitare al concorrente di andare in contro all'esclusione³⁴. D'altronde, la sanabilità di qualsivoglia omissione sarebbe all'evidenza incompatibile con

VI, 3 settembre 2014, n. 4494, in *www.leggiditalia.it*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi a quelli testé citati si rinvia ad F. APERIO BELLA, *Soccorso istruttorio*, cit., p. 2.

30 Il legislatore delegato, forse perché ansioso di far risultare il numero degli articoli del nuovo codice inferiore a quelli del (pre)vigente D.Lgs. n. 163 del 2006, non ha infatti dedicato al soccorso istruttorio un autonomo articolo, comprimendo così la sua disciplina in un mero comma del citato art. 83. Il quale tratta, ai precedenti e successivi commi, di questioni che davvero nulla hanno a che fare con l'istituto del soccorso istruttorio. Tale scelta è stata criticata dal Consiglio di Stato, che, rimanendo sul punto inascoltato, aveva col parere n. 855 del 2016 espressamente evidenziato che in considerazione «[dell'] incidenza della disciplina [in questione] sul corretto svolgimento della procedura [di gara]», sarebbe stato opportuno «dedicare all'istituto [in parola] un apposito articolo, che descriva in modo più puntuale, fra l'altro, l'ambito oggettivo del soccorso istruttorio e il suo svolgimento procedimentale» (così Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In dottrina sotto tale profilo si veda quanto osservato da D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, (diretto da) F. CARINGELLA - P. MANTINI - M. GIUSTINIANI, Roma, 2016, 294 ss.

31 Sul punto cfr. T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 440, il quale evidenzia che nella nuova disciplina «sembra trovare conferma (...) la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie». Per un'analisi comparativa tra la disciplina sul soccorso istruttorio di cui al D.Lgs. n. 163/2006 e quella contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016 si rinvia a L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2017, 127 ss.

32 Così P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, cit., 1295.

33 Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22 marzo 2016, n. 3580, in *www.lexitalia.it*.

34 Si è, infatti, condivisibilmente sottolineato che «sarebbe troppo semplicistico ipotizzare che tutte le cause di esclusione rispondano ad un formalismo fine a se stesso e non invece ad esigenze connaturate al concetto di gara: in questa logica, è molto dubbio che la sanabilità generale delle irregolarità -per quanto in ipotesi espressione del principio del *favor participationis*- possa risultare compatibile con l'altro principio

il principio di *par condicio* tra i concorrenti, al cospetto del quale il principio di massima partecipazione deve certamente recedere.

In assenza di alcun parametro normativo sono stati quindi posti in via interpretativa alcuni limiti alla piena operatività del dovere in parola.

Ci si riferisce, anzitutto, all'invalidabile limite della inalterabilità del contenuto dell'offerta³⁵. E' stato, infatti, reiteratamente giudicato che «non è (...) possibile attivare il soccorso istruttorio per ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica»³⁶ e, più in generale, del contenuto di tutti gli «altri atti richiesti per la partecipazione alla gara comportanti un impegno negoziale»³⁷.

Un ulteriore limite al libero dispiegamento del soccorso istruttorio è stato poi individuato, sempre in via pretoria, nell'impossibilità di farvi ricorso in tutti quei casi in cui non vi sia certezza in ordine alla provenienza dell'offerta. In tale ottica si è ad esempio ritenuta insanabile, sia pur in modo non unanime, l'omessa sottoscrizione dell'offerta, perché essa «serve a rendere nota la paternità e a vincolare l'autore al contenuto del documento»³⁸. Per consimili ragioni si è altresì esclusa l'operatività del soccorso istruttorio nelle ipotesi di omessa indicazione delle quote di suddivisione dei lavori tra le varie imprese facenti parte di un raggruppamento³⁹.

Siffatte limitazioni, che rappresentano per certi versi le colonne d'Ercole oltre le quali le stazioni appaltanti non possono spingersi nel consentire ai concorrenti di integrare le proprie domande di partecipazione, sono state opportunamente positivizzate dal Legislatore del nuovo codice⁴⁰.

Nel più volte richiamato comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016, che anche sul punto non è stato oggetto di modifiche da parte del D.Lgs. n. 56/2017, si chiarisce infatti, da un lato, che le carenze «afferenti all'offerta tecnica ed economica» non sono di regola sanabili, e dall'altro, si precisa che in ogni

cardine delle procedure selettive, vale a dire la *par condicio* fra i concorrenti (a sua volta, espressione dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione). Ne deriva che «allorquando la regolarizzazione rappresenti (...) una (anche solo potenziale) alterazione della parità di condizioni fra i concorrenti, essa non dovrebbe (...) essere ammessa» (così P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, cit., 1295). In tal senso si sono espressi anche F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, cit., 240 e F. MASSARI, *Il "nuovo soccorso istruttorio" e i limiti esterni: le prime indicazioni dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. Trim. degli App.*, 2014, 687 ss.

35 Sotto tale profilo si è puntualmente giudicato che «il "soccorso istruttorio" non può essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi» (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini si vedano: Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2684; Con. Stato, sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 484; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 12 aprile 2016, n. 350; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1597; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2225, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con riferimento a tale orientamento cfr. A. CANCRINI - V. CAPUZZA, *Manuale di legislazione delle opere pubbliche*, Roma, 2015, 209 e R. DAMONTE, *Omesso sopralluogo e soccorso istruttorio*, in *Urb. e App.*, 2016, pp. 709 ss.

36 Così Cons. Stato, sez. III, 1° aprile 2016, n. 1318, in *www.dejure.it*.

37 Così T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2213, in *www.dejure.it*.

38 Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 31 luglio 2015, n. 10568, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in termini cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 13 luglio 2015, n. 1629, in *www.leggiditalia.it* e Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2017, n. 1975, in *www.lamministrativista.it*. *Contra* A.N.A.C. det. n. 1 dell'8 gennaio 2015, cit., ove, pur riconoscendo che la «sottoscrizione costituisce (...) un elemento essenziale», si evidenzia che «tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza [è da] rit(enersi) sanabile». In merito all'omessa sottoscrizione dell'offerta si veda anche Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4595, in *www.giustizia-amministrativa.it*

39 Così Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3029, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

40 A tal proposito il Legislatore delegato ha dunque seguito il suggerimento del Consiglio di Stato, che, con il più volte citato parere n. 855 del 2016, aveva evidenziato la necessità di specificare normativamente i casi in sui si è «in presenza di un elemento essenziale dell'offerta (che comporta l'esclusione dell'impresa)».

caso «costituiscono irregolarità non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

Pur nel silenzio della norma, pare altresì corretto ritenere che continui a non essere invocabile il soccorso istruttorio nelle ipotesi di falsa dichiarazione⁴¹ e che lo stesso non possa tutt'oggi essere strumentalmente utilizzato neanche per consentire ai concorrenti di acquisire, nelle more della procedura di gara, requisiti originariamente non posseduti⁴².

Dette fattispecie, infatti, all'evidenza non integrano degli inadempimenti di natura formale e per tale saliente ragione fuoriescono dal cono d'ombra della previsione in commento.

4. Sul diverso trattamento riservato alle «irregolarità essenziali» e alle «irregolarità formali» nell'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016

Oltre al confine “esterno” di cui si è detto poc'anzi, nell'originaria (e ancora oggi parzialmente in vigore) formulazione della norma in parola è rinvenibile anche un confine “interno” che corre lungo il crinale dell'essenzialità delle irregolarità commesse dal concorrente. Infatti, in linea di continuità con la disciplina contenuta nel vecchio codice, anche la primigenia versione del comma 9 dell'art. 83 -che sul punto è stata come vedremo massicciamente innovata dal correttivo- assoggetta(va) le irregolarità sanabili a due diversi regimi a seconda della gravità delle stesse⁴³.

Più precisamente, detta norma tratta(va) le «irregolarità formali» dei documenti prodotti in sede di gara e la mancata produzione o l'incompletezza «di dichiarazioni non essenziali»⁴⁴ diversamente dalle più gravi «irregolarità essenziali» della documentazione predisposta dal concorrente.

Dunque, nelle procedure di gara in cui la formulazione originaria dell'art. 83 continua a essere *ratione temporis* applicabile, l'amministrazione è chiamata anzitutto a operare un giudizio sulla natura delle irregolarità commesse dall'offerente.

Qualora accerti la sussistenza di «irregolarità essenziali» l'amministrazione è, di conseguenza, tenuta a

41 Com'è noto, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che «il vizio della dichiarazione non possa essere emendato mediante soccorso istruttorio» (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 luglio 2017, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it). Dunque, «la fattispecie della dichiarazione “non veritiera” (...) rimane fuori dalla sanatoria introdotta dall'articolo 38, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163 del 2006» (così Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412, in www.leggiditalia.it). Del resto, l'art. 75 del D.P.R. n. 445 del 2000 è chiarissimo nello stabilire che in caso di non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera. In tal senso si vedano: Con. Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 11 luglio 2016, n. 7897; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 1° luglio 2016, n. 7586; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 6 giugno 2016, n. 6488; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 20 maggio 2016, n. 333; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2017, n. 1864, tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

42 Cfr. A.N.A.C. det. n. 1 dell'8 gennaio 2015, cit. In senso conforme si veda Cons. Stato., sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si precisa che «persino la più ampia disciplina in tema di soccorso istruttorio di cui al nuovo comma 2-bis dell'articolo 38 del 'Codice' (...), laddove ammette il c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento' per le ipotesi di "mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni", non ammette comunque la tardiva presentazione di un documento o di una dichiarazione, laddove essi siano rappresentativi di un requisito di partecipazione *ab origine* non posseduto». In termini cfr.: Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396 e T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 giugno 2016, n. 1020, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

43 Anche sotto tale profilo il legislatore delegato non aveva originariamente seguito quanto suggeritogli dal Consiglio di Stato, che, col già richiamato parere n. 855 del 2016, aveva opportunamente consigliato di semplificare la disciplina, operando una distinzione solamente tra carenze formali sanabili e lacune essenziali non sanabili attraverso il soccorso istruttorio. Consiglio, quest'ultimo, che, come vedremo, è stato recentemente recepito dal Governo, che col D.Lgs. n. 56/2017, ha notevolmente semplificato la disciplina di cui si discorre.

44 Si consideri che nella omologa disciplina contenuta nel vecchio codice si parlava, rispettivamente, di «irregolarità non essenziali» e di «dichiarazioni non indispensabili».

irrogare al concorrente una sanzione pecuniaria -della quale più diffusamente si parlerà *infra*-, che questi dovrà dimostrare di aver pagato all'atto della regolarizzazione delle propria posizione.

Sempre in base alla disciplina *ante* correttivo, nessuna sanzione è, viceversa, da irrogarsi al concorrente nei casi di mere «irregolarità formali» e in quelli di mancata e incompleta produzione di «dichiarazioni non essenziali»⁴⁵: in tali ipotesi la stazione appaltante è tenuta solamente a invitare il medesimo concorrente a integrare l'insoddisfacente documentazione originariamente prodotta⁴⁶.

Dunque, discostandosi da quanto prescritto dal D.Lgs. n. 163/2006⁴⁷, l'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 impone(va) al concorrente di integrare l'incompleta documentazione prodotta in sede di gara sia nei casi di irregolarità meno gravi, sia in quelli di omessa presentazione di una «dichiarazione non essenziale». Infatti, anche in tali casi, esattamente come in quelli di «irregolarità essenziali», detta norma precisa(va) che la mancata integrazione della documentazione mancante entro il termine (perentorio⁴⁸) all'uopo fissato dall'amministrazione⁴⁹ vada punita con l'esclusione del concorrente dalla gara.

Pur essendovi, come visto, una netta differenza nel trattamento riservato alle due tipologie di irregolarità menzionante nella primigenia formulazione del comma 9 dell'art. 83, non vi è tuttavia in tale norma alcun elemento che possa aiutare l'interprete a comprendere quali irregolarità siano da considerarsi «essenziali» e quali «formali»⁵⁰.

45 A tali ipotesi normativamente previste la giurisprudenza ha, sia pur con riferimento alla vecchia disciplina, assimilato il caso in cui «la precisazione resa in sede di soccorso istruttorio [si] configur(i) [alla stregua di] un chiarimento non essenziale di mera specificazione del contenuto di una dichiarazione *ex se* sufficientemente comprensiva» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 27-10-2016, n. 4975, in www.lamministravita.it).

46 Nell'imporre la regolarizzazione sia nei casi di «irregolarità essenziali», sia in quelli di «irregolarità formali» e nel prevedere l'irrogazione della sanzione pecuniaria solamente nella prima ipotesi, l'originaria formulazione della norma in commento ha recepito lo schema che era stato congegnato da certa dottrina, che, con riferimento alla disciplina introdotta dal D.L. n. 90/2014 nel D.Lgs. n. 163/2006, aveva osservato che «potrebbe essere opportuno (...) stabilire per entrambe le categorie l'obbligo dell'invito alla regolarizzazione, circoscrivendo la sanzione ai soli casi gravi» (M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, cit., 11).

47 Così com'è stato rilevato dai suoi primi commentatori, l'originaria disciplina di cui all'art. 83, co. 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016 «è meno garantis(ta) della disciplina previgente, nella quale per le irregolarità non essenziali si prescindeva dalla regolarizzazione, e dunque le stesse non potevano mai essere causa di esclusione» (così R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 515).

48 E' appena il caso di sottolineare che, *ex* art. 83, co. 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, tale termine non può essere superiore a dieci giorni. E che, con riferimento alla vecchia disciplina - sul punto identica a quella nuova-, taluna giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che detto termine è comunque da ritenersi prorogabile a fronte della impossibilità oggettiva della produzione della documentazione richiesta (cfr: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 1656 e T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 giugno 2016, n. 766, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it).

49 Si consideri che la norma di cui si discorre specifica espressamente che stazione appaltante è tenuta a indicare al concorrente «il contenuto» delle dichiarazioni che lo stesso ha ommesso di produrre e «i soggetti che le devono rendere». Ne consegue, dunque, che il termine perentorio di cui si è detto dovrebbe iniziare a decorrere solo dal momento in cui il concorrente riceva dall'amministrazione tali informazioni, non essendo di contro bastevole un generico invito a completare l'insufficiente documentazione prodotta.

50 Sotto tale profilo si può dire che con l'originaria formulazione della norma in commento il legislatore delegato avesse reiterato il medesimo errore già commesso nel 2014. La totale assenza di parametri utili a distinguere tra le due tipologie di irregolarità contemplate da detta norma rende infatti (anche) quest'ultima «infelice e forier(a) di incertezze interpretative e applicative» esattamente come quella contenuta nel vecchio codice degli appalti (così Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2012, n. 16, in www.giustizia-amministrativa.it).

Anche in dottrina è stata fortemente criticata la totale mancanza nella disciplina contenuta nell'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014 di parametri legislativi idonei a orientare l'interprete nel distinguere le varie categorie di

Nel silenzio della legge, pare tuttavia potersi ritenere che le c.d. «irregolarità formali» -oggi non più contemplate dalla nuova formulazione della norma in parola- equivalgano a quelle «non essenziali» di cui all'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014 e che dunque vadano ricondotte a tale categoria di irregolarità tutte quelle in cui incorre il concorrente ogniqualvolta ometta di indicare nelle dichiarazioni rese talune informazioni che siano utili alla stazione appaltante per operare una «celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti»⁵¹.

Sotto tale profilo rappresentano quindi esempi di «irregolarità formali»: l'omessa «indicazione della posizione Inps, Inail, Cassa edile, [utile] ai fini della verifica della regolarità contributiva»; la mancata «indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale»; e infine l'assenza della «esatta indicazione dell'indirizzo dell'Agenzia delle entrate territorialmente competente [che risulta necessario] per la verifica del rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse»⁵².

Dovrebbero poi considerarsi alla stregua di mere «irregolarità formali» anche tutte «quelle "imprecisioni" che non toccano l'oggetto dell'offerta, né consentono di porre in dubbio l'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione alla gara in capo al concorrente»⁵³. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'allegazione di un documento d'identità scaduto, all'errata indicazione del giorno in cui il concorrente ha proceduto al sopralluogo imposto dalla disciplina di gara e all'errata o incompleta specificazione del domicilio eletto dal medesimo concorrente per ricevere le comunicazioni inerenti alla gara stessa.

Francamente non si riesce, invece, a comprendere quali siano le «dichiarazioni non essenziali» a cui pure faceva riferimento la versione originaria della norma di cui si discorre.

Infatti, ogni dichiarazione che il concorrente è tenuto a rendere in base ad una norma di legge deve per sua stessa natura ritenersi essenziale. E al di fuori delle tassative ipotesi previste dalla legge nessuna altra dichiarazione può essere richiesta al concorrente. Il tutto in ossequio al comma 8 del medesimo art. 83 che, da un lato, chiarisce che «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente Codice e da altre disposizioni di legge vigenti» e, dall'altro, precisa che «dette prescrizioni sono comunque nulle».

Dunque, delle due l'una: o la richiesta di allegazione di una dichiarazione trova esplicito fondamento in una previsione legislativa, e perciò è da considerarsi essenziale; oppure tale richiesta è da considerarsi *tamquam non esset*, non trovando ancoraggio in alcuna disposizione di legge.

In tale contesto, si deve pertanto escludere, per ovvie ragioni di coerenza, che l'omessa presentazione di una dichiarazione non imposta *ex lege*, ma richiesta autonomamente dalla stessa stazione appaltante, possa mai condurre, né automaticamente né nel caso di omessa successiva regolarizzazione, all'esclusione del concorrente, così com'era invece previsto dall'originaria (e -si ripete- tutt'ora in parte vigente) formulazione del comma 9 dell'art. 83. La quale, sotto tale profilo, risultava peggiorativa rispetto alla disciplina introdotta nel vecchio codice degli appalti dal più volte citato D.L. n. 90/2014.

irregolarità ivi menzionate. Con riferimento al citato art. 39 si è, infatti, osservato che «la disposizione, pur intuibile nell'intento perseguito, non chiarisce quando le irregolarità possano definirsi "essenziali", laddove anzi i due termini accostati producono un ossimoro, né chiarisce quando le dichiarazioni possano considerarsi "non indispensabili". L'imprecisione lessicale del legislatore ed il carattere laconico della disciplina ritagliano un ambito discrezionale di notevole ampiezza in capo alla stazione appaltante, che dispone della facoltà di consentire la regolarizzazione della documentazione in luogo dell'esclusione dalla gara» (così S. FOA', *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, cit., p. 1147).

51 Così A.N.A.C. det. n. 1 del 2015, cit., nella quale più precisamente si sottolinea che le «irregolarità non essenziali (...) afferiscono ad elementi indispensabili se considerati sotto il profilo della celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di concorrenza e di buona fede».

52 Così ancora A.N.A.C. det. n. 1 del 2015, cit.

53 Così si è espresso P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, cit., 1295.

Essa, infatti, coerentemente con il principio di tassatività delle cause di esclusione, sanciva la sostanziale innocuità dell'omessa produzione delle «dichiarazioni non indispensabili»⁵⁴.

4. Sulla sanzione pecuniaria prevista nei casi di «irregolarità essenziali» dall'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, la disciplina originariamente approntata dal legislatore delegato riproponeva il tanto controverso schema del soccorso istruttorio “a pagamento”⁵⁵, il quale dunque continua a trovare applicazione a tutte le gare bandite prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56/2017, che, come vedremo, ha invece opportunamente espunto dalla norma in parola la disciplina sanzionatoria di cui ci accingiamo a trattare.

In particolare, l'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 conferma(va) che nei casi di «irregolarità essenziali» la stazione appaltante obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento di una sanzione pecuniaria. Il tutto in linea di continuità con quanto prescritto dalla pertinente disciplina del vecchio codice, da cui il legislatore delegato aveva in prima battuta tratto ispirazione, apportandovi comunque una serie di modifiche.

Prima di essere riscritto dal correttivo, il comma 9 dell'art. 83 anzitutto precisava in modo innovativo che detta «sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione». Il che significa, ragionando *a contrariis*, che nelle gare in cui detta disciplina è *ratione temporis* applicabile nulla è dovuto dal concorrente qualora quest'ultimo decida di non avvalersi della possibilità che gli viene concessa di regolarizzare la carente documentazione depositata.

Così disponendo la norma in parola ha messo definitivamente fine ad un acceso contrasto interpretativo che si è venuto a creare in seguito all'introduzione della sanzione di cui si discorre.

Com'è noto, con riferimento al vecchio codice la giurisprudenza maggioritaria ha infatti ritenuto che «la sanzione pecuniaria colpisc(a) l'irregolarità essenziale della documentazione in sé e per sé»⁵⁶. E che dunque detta sanzione, la cui *ratio* sarebbe quella di responsabilizzare i concorrenti⁵⁷, «non rappresent(i) una misura alternativa all'esclusione»⁵⁸.

54 L'art. 38, co. 2-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2016 prevede(va), infatti, che «nei casi di (...) mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione».

55 Si consideri che l'introduzione di tale sanzione, operata dal D.L. n. 90/2014, è stata criticata da taluna dottrina che ha paventato il rischio che la stessa potesse dar vita ad un inedito «mercato delle esclusioni» (così G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Nuovo Dir. Amm.*, 2014, 166). Detta medesima disciplina è stata, altresì, criticata perché non contemplata dalle pertinenti previsioni della Direttive comunitarie, via via, trasposte (cfr. T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, cit., 440 e S. USAI, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, cit., 1078).

56 Così T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 31 maggio 2016, n. 1336, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

57 Si è recentemente sottolineato che la *ratio* della sanzione in questione sia quella di «assicurare la serietà e la completezza originaria delle offerte e [di] responsabilizzare a questi fini i partecipanti alla gara» (così Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667, cit.).

58 Così T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 29 febbraio 2016, n. 66, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si vedano in termini: Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, in *www.leggiditalia.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 29 aprile 2016, n. 1043, in *www.dejure.it*; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 25 novembre 2015, n. 784, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale si richiama, a conferma della correttezza di tale interpretazione, la relazione del Procuratore Generale della Corte dei Conti all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, nella quale si legge che «la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare». Con riferimento a tale orientamento cfr. A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Soccorso istruttorio a pagamento: obbligo di applicazione della sanzione pecuniaria anche nel caso di "rinuncia" del concorrente*, in *www.lamministrativista.it*, P. DEL VECCHIO – F. BORRIELLO, *La (non) obbligatorietà della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006*, in *www.lamministrativista.it* e A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio “a pagamento” tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica*, in *Urb. e App.*,

Secondo tale impostazione, quindi, la sanzione *de qua* andrebbe irrogata a prescindere dalla scelta operata dal concorrente di beneficiare, o meno, della possibilità offertagli di regolarizzare la documentazione depositata in sede di gara.

A tale orientamento se n'è contrapposto un altro per il quale la sanzione in parola va invece «comminata [solo] nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio»⁵⁹. Si è, infatti, ritenuto che tale sanzione rappresenti la «contropartita» con cui «il concorrente che presenta una documentazione incompleta "paga" (...) il ritardo cagionato all'amministrazione nel disimpegno dell'ulteriore attività procedimentale (soccorso istruttorio) alla quale egli stesso ha dato corso»⁶⁰. Dunque, in base a tale interpretazione, là dove il concorrente decida di non usufruire della possibilità offertagli di regolarizzare la documentazione viene meno la stessa «*ratio* sottesa all'applicazione della sanzione pecuniaria»⁶¹.

Siffatta ultima impostazione, come si è visto, ha trovato conferma nella originaria formulazione della disposizione in commento, che ha espressamente condizionato l'irrogazione della sanzione alla previa scelta del concorrente di integrare la lacunosa documentazione prodotta.

Tale presa di posizione del legislatore delegato rappresenta, a parere di chi scrive, un indice ermeneutico che deve essere tenuto in debito conto anche nell'interpretazione della disciplina contenuta nel vecchio codice. Come si è detto, infatti, quella per cui ha optato il legislatore delegato rappresenta una delle possibili chiavi lettura della disciplina introdotta dal D.L. n. 90/2014⁶².

Sotto tale profilo, dunque, l'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del nuovo codice funge anche da strumento da utilizzare nell'interpretazione della omologa disciplina fissata dal (pre)vigente codice degli appalti.

Né si può sostenere che attribuendo rilevanza alla formulazione originaria della norma in questione nell'interpretazione di quella contenuta nel vecchio codice si finisca sostanzialmente per disapplicare la norma transitoria contenuta nel D.Lgs. n. 50 del 2016, che, com'è noto, stabilisce che le previsioni del nuovo codice trovano applicazione solamente alle procedure indette successivamente alla data della sua entrata in vigore⁶³. Le norme transitorie, infatti, «non possono essere considerate avulse dall'ordinamento giuridico complessivo e, nel far salva l'applicazione del regime previgente, non circoscrivono l'autonomia dell'interprete quanto alla ricostruzione del medesimo»⁶⁴.

2016, 1251 ss.

59 Così A.N.A.C. det. 8 gennaio 2015, n. 1, cit.

60 Così T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2016, n. 2749, in www.giustizia-amministrativa.it.

61 *Ibidem*.

62 Sul punto si è già formato un contrasto interpretativo. Si vedano: da un lato, T.A.R. Lazio, sez. III, 12 settembre 2016, n. 965, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale la nuova disciplina viene richiamata a conferma della lettura di quella (pre)vigente secondo cui non va applicata la sanzione «nei confronti di coloro che preferiscono rinunciare alla gara»; dall'altro, Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667, in www.giustizia-amministrativa.it, con la quale si è, invece, statuito che «il principio di irretroattività della nuova legge impedisce di dar rilievo alla circostanza che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 preveda, all'art. 83, comma 9, che «la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione»».

63 Così art. 216 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

64 Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 14 luglio 2015, n. 9418, in www.giustizia-amministrativa.it.

È appena il caso di sottolineare che la tendenza a interpretare, ove possibile, il previgente dettato normativo alla luce e in considerazione delle successive modifiche apportate allo stesso ha l'indubbio pregio di razionalizzare il sistema e di prevenire il verificarsi di ingiuste disparità di trattamento. Ed è verosimilmente per tali ragioni che detta impostazione ha recentemente trovato applicazione in diversi settori del diritto amministrativo. Si pensi, ad esempio, a quella giurisprudenza che ha considerato quale «prezioso (e ineludibile) indice ermeneutico» da prendere in considerazione anche nell'interpretazione della pregressa disciplina la specificazione introdotta dalla legge Madia nell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 di cosa si debba intendere per «termine ragionevole» entro il quale l'amministrazione può procedere all'annullamento d'ufficio di un proprio provvedimento (Cons. Stato, 27 gennaio 2017, n. 341, in www.giustizia-amministrativa.it). Un consimile *iter* argomentativo è stato poi seguito, come si ricorderà, anche

E se tutto ciò è vero in generale, non può che esserlo *a fortiori* con riferimento all'interpretazione di una norma -quale quella di cui si discorre- avente natura sanzionatoria. Infatti, com'è stato osservato da autorevole dottrina, la potestà sanzionatoria «dev'essere rapportata alla valutazione che l'ordinamento “storicamente” operi della condotta che si intende reprimere»⁶⁵.

Sempre con riferimento al regime sanzionatorio previsto dall'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 occorre infine dar conto di due ulteriori novità da essa introdotte rispetto alla disciplina contenuta nel vecchio codice degli appalti.

La prima di tali novità consiste(va) nel radicale abbattimento del tetto massimo della sanzione irrogabile dalla stazione appaltante. Pur confermando che la sanzione in questione deve essere stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara, la disposizione in commento precisa(va) che tale sanzione non possa comunque mai superare 5.000 euro, e non più 50.000 euro come era, invece, previsto dal vecchio codice.

Infine, prima dell'avvento del correttivo, la norma in esame non prevedeva più, diversamente da quanto stabilito dal D.Lgs. n. 163/2006, che il versamento della sanzione debba essere garantito dalla cauzione provvisoria⁶⁶, disponendo, viceversa, che il concorrente è, a pena di esclusione, tenuto a presentare all'atto della regolarizzazione della sua posizione un «documento comprovante l'avvenuto pagamento [della sanzione stessa]»⁶⁷.

5. Sulla parziale incostituzionalità dell'originaria formulazione dell'art. 83, co. 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

A valle dell'analisi delle varie novità contenute nella primigenia versione del comma 9 dell'art. 83 con riferimento alla sanzione pecuniaria da applicarsi nei casi di regolarizzazione di «irregolarità essenziali», si deve ora constatare che l'originaria scelta del legislatore delegato di riproporre anche nel nuovo codice tale regime sanzionatorio risultasse (e risulti) di dubbia legittimità costituzionale.

Tale scelta, cui ha da ultimo posto rimedio il medesimo legislatore delegato riscrivendo col D.Lgs. n. 56/2017 la norma in parola, sembra sotto due distinti ed autonomi profili esorbitare dai limiti fissati dalla legge delega n. 11 del 2016, ai quali il legislatore delegato doveva ovviamente attenersi nell'approntare il nuovo codice degli appalti.

La riproposizione del meccanismo del soccorso istruttorio "a pagamento", sembra anzitutto incompatibile con il c.d. divieto di *gold plating*⁶⁸ di cui alla lett. a) della richiamata legge delega n. 11 del 2016, che, come noto, non consentiva l'introduzione o il mantenimento nel nuovo codice di livelli di

dall'Adunanza Plenaria n. 16/2014, con la quale si è ritenuto che nell'interpretare la disciplina antecedente all'avvento del D.L. n. 90/2014 si debba necessariamente tenere in considerazione la «chiara volontà del legislatore [-ricavabile dal citato Decreto Legge-] di evitare (...) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali» (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, in www.giustizia-amministrativa.it).

65 Così M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 82.

66 Con riferimento a tale previsione si è argutamente fatto notare che la stessa si ponesse «in contrasto con il divieto legislativo di "assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative" (art. 12 del D.Lgs. 209/2005)» (F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, cit., 241). Sotto tale profilo si vedano T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 18 marzo 2015, n. 444, in www.giustizia-amministrativa.it e A.N.A.C., comunicato del Presidente del 25 marzo 2015, in www.anticorruzione.it.

67 A tal proposito si è osservato in dottrina che «tale ultimo inciso, incompatibile con le spinte deformalizzanti sottese all'istituto, appare guidato da esigenze di certezza dei tempi della procedura e sembra interpretabile nel senso che la mancata produzione del documento comprovante il versamento determini l'esclusione a prescindere dal dato sostanziale dell'avvenuto pagamento (senza consentire un provvedimento di soccorso “di seconda battuta”)» (così F. APERIO BELLA, *Soccorso istruttorio*, cit., 13).

68 Con riferimento al divieto in parola si vedano: L. TORCHIA, *La nuova direttiva in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 298; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 515; così A. PAJNO *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2015, 1157.

regolarizzazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive in corso di trasposizione⁶⁹. E cosa s'intenda per livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, lo stabilisce l'art. 14, co. 24-ter, della legge n. 246 del 2005, nel quale si precisa che in tale concetto rientrano, tra l'altro, anche «l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive»⁷⁰.

Ebbene, com'è agevole constatare, le pertinenti norme delle direttive del 2014⁷¹ non condizionano il soccorso istruttorio al pagamento di alcuna sanzione pecuniaria⁷². Ne deriva che in ossequio al predetto criterio direttivo il legislatore delegato non avrebbe potuto confermare nella nuova disciplina il regime sanzionatorio previsto dal D.Lgs. n. 163 del 2006⁷³, come invece ha in prima battuta fatto.

Ma vi è di più. L'originaria riproposizione del regime sanzionatorio in parola risultava anche (e prima ancora) incompatibile con il criterio direttivo di cui alla lett. z) della citata legge delega. Esso, infatti, imponeva al Governo, in modo davvero inequivoco, di predisporre una disciplina che attribuisse ai concorrenti «piena possibilità di integrazione documentale *non onerosa* di qualsiasi elemento di natura formale della domanda». Dunque, come è stato puntualmente rilevato dal Consiglio di Stato col parere n. 515 del 2016⁷⁴, siffatto criterio direttivo escludeva in radice la possibilità di riproporre nel nuovo codice il sistema sanzionatorio introdotto nel 2014.

Il regime sanzionatorio contenuto nella primigenia versione del comma 9 dell'art. 83 del nuovo Codice, che come si è più volte evidenziato continua a trovare applicazione in tutte le gare indette prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56/2017, sembra quindi destinato ad essere in un prossimo futuro

69 Il che, sia pur a livello di *obiter dictum*, è stato posto in evidenza dal T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14 luglio 2016, n.1423, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale, dopo aver sottolineato che nessuna norma della «direttiva 2014/24/UE subordina l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria», si osserva che «introdurre un tale obbligo significherebbe (...) violare il divieto di "gold plating", stabilito dall'art. 1 della legge 28 gennaio 2016, n. 11 tra i criteri e principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, che impone il divieto di introdurre livelli di regolarizzazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire».

70 Oltre a tale ipotesi la citata norma stabilisce che «costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie» anche «l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» e «l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari».

71 Ci si riferisce agli articoli 56, co. 3, 59, co. 4, della Direttiva 2014/24/UE e al suo considerando n. 84.

72 Si consideri che l'assenza nelle pertinenti norme della Direttiva 2014/24/UE di alcun riferimento al regime sanzionatorio previsto dall'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 non pare dover condurre a ritenere che tale ultima norma sia per tale ragione incompatibile con il diritto dell'Unione Europea. Com'è stato, infatti, condivisibilmente osservato dette previsioni comunitarie «non precludono una onerosità dell'accesso al soccorso istruttorio, così (...) rimette(ndo) tale scelta, ovviamente nei limiti della congruità, al legislatore nazionale» (così Cons. Stato, sez. V, 22 agosto, 2016, n. 3667, cit.).

73 Infatti, com'è stato autorevolmente ricordato il divieto di *gold plating* «impedisce non solo il recepimento, ma anche il mantenimento di livelli di regolazione superiori ai minimi: val quanto dire che la norma dovrà operare sia come *indicazione* per l'introduzione della nuova disciplina, sia come regola di *eliminazione* di quella già esistente». Sicché, nell'approntare il nuovo codice, si sarebbe dovuto «partire dalle nuove direttive e non dalla disciplina vigente» (così A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., 1157).

74 Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, cit., nel quale, con riferimento alla disciplina *ante* correttivo, si evidenzia che la stessa «appare di dubbia conformità con la previsione della legge delega, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda (lettera z)». E che, «al di là della condivisibilità o meno di questa scelta del legislatore (che sembra eliminare un deterrente indubbiamente responsabilizzante per le imprese), non si può riproporre il meccanismo del c.d. "soccorso istruttorio a pagamento"». Sul punto cfr. D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, cit., 297 e T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, cit., 440.

dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 76 della Costituzione. Com'è noto, infatti, si ha eccesso di delega ogniqualvolta il Governo attui la delega conferitagli «in contrasto con i predeterminati criteri direttivi»⁷⁵. E i criteri direttivi fissati nella legge n. 11 del 2016 sono stati, come si è visto, palesemente disattesi dal legislatore delegato con l'originaria formulazione della norma in parola, nella parte in cui riproponeva il regime sanzionatorio di cui si è detto.

6. Sulle modifiche apportate dal “correttivo” al comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016

Come si è già anticipato, molti degli aspetti problematici che scaturivano, e continuano a scaturire, dalla poco meditata formulazione originaria del comma 9 dell'art. 83 possono ritenersi ora superati dalle modifiche apportate a tale norma dall'art. 52, comma 1, lett. d), del D.Lgs. n. 56/2017⁷⁶.

Il nuovo comma 9 dell'art. 83, come modificato dal citato art. 52, si limita, infatti, a stabilire che in tutte le ipotesi di deficienza della documentazione prodotta in sede di gara, con esclusione di quelle trattate *supra sub* § 3, la stazione appaltante deve invitare il concorrente a regolarizzare la propria posizione, assegnandogli a tali fini un termine perentorio⁷⁷ che non può comunque essere superiore a dieci giorni.

Nulla di più e nulla di diverso stabilisce la norma in parola che dunque non contiene più né la “scivolosa” distinzione tra «irregolarità essenziali» e «irregolarità formali», né il correlato regime sanzionatorio di cui si è ampiamente detto in precedenza⁷⁸.

Conformemente a quanto prescritto dalla legge delega, la riforma della riforma ha dunque definitivamente espunto dalla norma in parola la disciplina del soccorso istruttorio “a pagamento”, che, come ben evidenziato nel parere n. 782/2017 del Consiglio di Stato, innegabilmente fungeva da «strumento di deterrenza»⁷⁹.

Si è così paventato il rischio che il venir meno del regime sanzionatorio potesse rappresentare un incentivo al proliferare di «comportamenti poco virtuosi»⁸⁰ da parte degli operatori economici.

Per attenuare tale rischio lo stesso legislatore delegato ha opportunamente accolto, sempre con il D.Lgs. n. 56/2017, il suggerimento indirizzatogli dal Consiglio di Stato di considerare la «non

75 Così Corte Cost., 16 gennaio 1957, n. 3, in *www.cortecostituzionale.it*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a D. DE LUNGO, *La recente giurisprudenza in materia di eccesso di delega*, in *www.ferealismi.it*, 2013.

76 Per un'attenta analisi delle varie modifiche apportate al nuovo codice degli appalti dal citato D.Lgs. n. 56/2017 si rinvia a S. ABRATE – G. A. GIUFFRÉ – S. TRANQUILLI, *Il Codice sta per compiere un anno: in arrivo il correttivo con oltre 200 modifiche. Una rassegna delle principali novità ora al vaglio del Consiglio di Stato*, in *www.lamministrativa.it*.

77 Sulla perentorietà di detto termine si veda, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 16 maggio 2017, n. 5826, in *www.lamministrativa.it*, in cui si ribadisce che l'eventuale regolarizzazione dell'offerta avvenuta dopo lo spirare del termine assegnato dall'amministrazione è da considerarsi *tamquam non esset*.

78 In particolare, il Governo ha evidenziato nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto da cui è scaturito il D.Lgs. 56/2017 che «l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento discende da quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dai quali si evince che tale previsione, presente solo nell'ordinamento italiano, sembrerebbe contraria ai principi di concorrenza previsti dal Trattato». A proposito, si deve però constatare, come puntualmente evidenziato dal Consiglio di Stato col parere n. 782/2017, che «non è (...) scontata la tesi secondo cui la previsione di un ragionevole contributo imposto all'operatore economico si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione europea, dal momento che il tema della gratuità od onerosità del soccorso istruttorio non è affrontato esplicitamente dalla direttiva e non ha ancora formato oggetto di pronunce della CGUE e, tanto meno, di procedure di infrazione» (così Cons. Stato, comm. spec., 22 marzo 2017, n. 782, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Per un primo commento alle novità introdotte dal “correttivo” al comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 cfr. P. PATRITO, *Il nuovo codice dei contratti e il primo Decreto correttivo (in corso di approvazione): primi sunti di riflessione*, in *Resp. Cin. e Pren.*, 2017, 335 ss.

79 Così Cons. Stato, comm. spec., 22 marzo 2017, n. 782, cit.

80 *Ibidem*.

necessità di ricorso alla procedura di soccorso istruttorio»⁸¹ alla stregua di un «indizio della virtuosità dell'impresa»⁸².

Da qui l'intervenuta indicazione del «mancato utilizzo del soccorso istruttorio» tra i diversi parametri da valutare, ai sensi del comma 10 dello stesso art. 83, ai fini del c.d. *rating* di impresa.

Col correttivo, dunque, operando una vera e propria inversione di prospettiva, si è repentinamente passati da un sistema in cui veniva punito chi usufruiva del soccorso istruttorio ad un sistema in cui viene, di contro, premiato chi in passato non ha avuto necessità di avvalersi di tale strumento.

Dott. Paolo Provenzano, Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli studi di Milano – Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale

e-mail: paolo.provenzano@unimi.it

telefono: 3478219802

indirizzo: via Bergamo, 7 (20135) Milano

81 *Ibidem.*

82 *Ibidem.*