

# Limiti del nuovo soccorso istruttorio e intangibilità dell'offerta. Un'analisi di compatibilità nell'ordinamento euro-unitario

di Bruno Acconciaioco, Nuziana Losito

Data di pubblicazione: 14-2-2020

L'istituto del soccorso istruttorio, nel diritto degli appalti, ha subito diversi interventi riformatori importanti nell'ultimo lustro, a partire dal Decreto Madia per arrivare al nuovo codice dei contratti pubblici nella versione post-correttivo (D.Lgs. n.56/2017), che ne hanno statuito la gratuità e la generale applicabilità in ogni stadio e grado della procedura al fine di sanare qualsiasi carenza relativa agli elementi formali della domanda nei casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale. La spinta comunitaria, derivante dall'applicazione massiva del *favor participationis*, ha agito come volano per generalizzare e diffondere l'applicabilità dell'istituto il quale, travalicando la sede propria del controllo documentale, diventa ormai norma generale di sistema ammettendosene l'applicabilità anche nel processo (*c.d.* soccorso istruttorio processuale). Nell'equo temperamento tra *favor participationis* e *par condicio competitorum*, nella misura in cui è doveroso individuare, a garanzia della correttezza dell'azione amministrativa, dei limiti all'applicazione indiscriminata dell'istituto, s'inquadra la recente pronuncia della Corte di Giustizia del 02 maggio 2019 la quale consente, in applicazione dei principi di trasparenza e proporzionalità, un limitato soccorso istruttorio anche alle ipotesi apparentemente escluse dalla norma positiva.

**Sommario:** 1. - Il soccorso istruttorio nel prisma del diritto amministrativo. 2. - I limiti del soccorso istruttorio nel codice dei contratti pubblici anche alla luce della giurisprudenza europea. 3. - Oneri di sicurezza, costi della manodopera e soccorso istruttorio nel dialogo tra le Corti Supreme. 4. - (Segue). La pronuncia della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019. 5. - Conclusioni.

1. *Il soccorso istruttorio nel prisma del diritto amministrativo.* - Nell'ultimo trentennio, a partire dall'introduzione nel nostro ordinamento della [poliedrica\[1\]](#) legge sul procedimento amministrativo, il rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadino si è sempre più "scontornato" dalla sagoma di un rapporto autoritario, per ritagliarsi una forma tutta propria che, prendendo spunto dalla nota teorica del 'contatto sociale

*qualificato*<sup>[2]</sup>, giunge a disegnare un rapporto, se non proprio contrattuale, sempre più paritetico e partecipato spostando il baricentro dell'attività amministrativa dall'atto al rapporto, con le note conseguenze in punto di responsabilità da comportamento<sup>[3]</sup> la quale si somma a quella già esistente da provvedimento amministrativo.

In questa cornice, così ri-modellata, e che evidenzia un nuovo rapporto sempre più paritario (e meno asimmetrico) con il potere, e con il quale dialoga in maniera talvolta paritetica, s'inquadra l'istituto del soccorso istruttorio<sup>[4]</sup>.

Il soccorso istruttorio, pur trovando origine nel diritto amministrativo generale, ha trovato la sua collocazione positiva, nonché la sua generale diffusione e applicazione, proprio nel sotto-sistema degli appalti<sup>[5]</sup>.

Per soccorso istruttorio, nel codice dei contratti pubblici, s'intende il potere-dovere della stazione appaltante, in sede di pubblica gara, di consentire agli operatori economici, a seguito di incompletezze e/o irregolarità nella documentazione prodotta con la domanda di partecipazione, di integrare, e/o rettificare, e/o emendare, in un tempo successivo, la documentazione inviata in sede di gara al fine di evitare l'esclusione dalla stessa. Esso si manifesta, in tutta evidenza, come un istituto capace di rispondere ad una logica di *favor participationis*<sup>[6]</sup> e di massima concorrenza sul mercato, in un'ottica concorrenziale di non limitare il numero degli operatori economici in condizione di partecipare ad una gara d'appalto e, soprattutto, di non escluderli per mere carenze documentali con i limiti e le particolarità che si esamineranno appresso.

Come è stato osservato dalla dottrina l'espressione ha una natura anfibologica<sup>[7]</sup>, essendo utilizzabile sia nel procedimento che nel processo amministrativo.

Il soccorso istruttorio consente ai soggetti amministrati di poter dialogare con i soggetti attivi della potestà amministrativa<sup>[8]</sup> in modo da poter partecipare al procedimento amministrativo e, in ultima ipotesi, evitare la scure della sanzione espulsiva attraverso l'integrazione documentale.

Esso impatta fortemente con il principio di buona fede *in executivis*, di cui all'art. 1375 del Codice Civile, nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino. L'istituto, recentemente novellato, e contenuto nel nuovo art. 83, comma 9, del d.lgs. n.50/2016 (modificato dal d.lgs.n.56/2017), non è nuovo nel nostro ordinamento costituendo in realtà la superfetazione di un principio di derivazione pan-europea, già introdotto con la direttiva 71/305/CEE del 26/07/1971, art.7, il quale recitava, "*entro i limiti indicati dagli articoli da 23 a 26, l'amministrazione aggiudicataria può invitare l'imprenditore a completare i documenti presentati e/o a chiarirli*". L'ingresso definitivo (e dalla porta principale), nel nostro ordinamento, è però rimandato alla legge n.241/90 ove nell'art. 6, comma 1, lettera b), si legge testualmente che il responsabile del procedimento "*accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*". L'amministrazione smette di essere silente e

s(personificata) dialogando in prima persona attraverso il responsabile del procedimento il quale, in questa versione di soccorso istruttorio ancora embrionale, solleva il velo del formalismo procedurale e richiede al cittadino di integrare la sua dichiarazione inesatta o incompleta.

Non va sottaciuto, però, che solo nel diritto degli appalti il soccorso istruttorio ha trovato dignità giuridica in un'apposita norma positiva<sup>[9]</sup> restando, pertanto, il soccorso istruttorio ex art. 6, comma 1, lett.b) della legge sul procedimento, l'unica norma in tema di rettificazione documentale idonea a governare tutti gli altri ambiti nei quali si esplica l'azione amministrativa *tout court* diversi dal *public procurement* (dai pubblici concorsi, ai procedimenti edilizi etc.).

Senza pretesa alcuna di ricostruzione storica dell'istituto non si può, in ogni caso, tralasciare la previsione del d.P.R. n. 445/2000, art. 71 co.3, il quale recita: *“Qualora le dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47 presentino irregolarità o delle omissioni rilevabili di ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione da? notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi e? tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito”*. Altri esempi di normativa di dettaglio sul soccorso istruttorio è possibile rinvenirli nell'art. 16 del d.lgs. n. 157/95 (appalti di servizi), nell' art. 15 d.lgs. n. 358/92 (appalti di forniture), nell' art. 37 bis, co.2 ter, lett. b), l. 109/94 (*project financing*), nell'art. 21, terzo comma del d.lgs. n. 406/91 (attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedura di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici), nell'art. 18, u.c., legge 584/1977 (Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea).

Prima di giungere all'attuale formulazione del soccorso istruttorio, così come introdotta dal nuovo codice dei contratti pubblici, è possibile individuare almeno altre due stagioni in cui l'istituto, tra alterne vicende, si è delineato così come lo vediamo oggi ed ha reso realmente partecipato il rapporto tra Stato e cittadino adattandolo ad una nuova e diversa concezione del diritto amministrativo.

Una prima stagione si ha con il soccorso istruttorio, così come previsto dall'art. 46 del d.lgs. n.163/2006<sup>[10]</sup> il quale, però, in una formulazione molto ermetica, rimandava agli artt. 38 e 45 del medesimo decreto legislativo (riguardanti i requisiti di partecipazione alla gara).

Una seconda e importante fase si è avuta con le modifiche introdotte, dapprima con il decreto legge n.70/2011, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 (il quale ha introdotto l'art. 46, comma 1 bis, all'interno del Codice De Lise) e, poi, con la legge n.114/2014 (art. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter); una terza e (almeno per ora) definitiva stagione si è avuta con l'introduzione nell'ordinamento europeo delle direttive nn. 23,24,25 del 2014 e con la legge delega al nuovo codice dei contratti pubblici n.11/2016 confluite nella stesura dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n.50/2016; infine la formulazione attuale post-correctivo che ha sancito la totale gratuità del soccorso istruttorio in ottemperanza a quanto previsto dalle direttive europee.

Nell'originaria formulazione prevista dal D.Lgs. n.163/2006 il soccorso istruttorio, così come

operante, e stante l'assenza di una formulazione normativa che rendeva tassative le clausole di esclusione, si rivelava alquanto impreciso e farraginoso[11]. Vi è da sottolineare come le stazioni appaltanti avessero una notevole discrezionalità nell'esercizio dello *jus excludendi* in aperta violazione dei principi di legalità dell'azione amministrativa, trasparenza e di massima partecipazione. L'intervento operato dalla decreto legge n. 70 del 2011, convertito con modificazioni in legge n. 106 del 12 luglio 2011, ha previsto: a) l'istituzionalizzazione della causa di esclusione nell'art. 46, comma 1 bis; b) la previsione della sanzione di nullità in luogo della classica annullabilità dell'atto amministrativo; c) l'applicazione del principio civilistico della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 2, Codice Civile)[12] ; d) l'introduzione dell'art. 64, comma 4 bis all'interno del d.lgs. 163/2006[13], con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis.[14] Si è sottratta una buona fetta di discrezionalità (arbitraria) all'azione amministrativa rendendo più omogenee e certe, in virtù del principio di tassatività, le clausole di esclusione adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici.

L'originario atteggiamento formalistico, teso a comminare la sanzione espulsiva come risposta sanzionatoria alle violazioni anche meramente formali, è progressivamente evoluto, grazie all'introduzione del principio di tassatività, in un atteggiamento che ha sempre più privilegiato il dato sostanziale su quello formale. L'evoluzione più significativa, nell'ottica del radicamento del principio di semplificazione si è avuta, però, con la legge Madia (legge n. 114/2014, art. 39) la quale ha novellato il d.lgs. n.163/2006 introducendo l'art.38, comma 2, l'art. 46, comma 1 ter, rendendo di fatto altamente proceduralizzato il soccorso istruttorio e ponendo l'istituto al centro di una vera e propria attenzione da parte di tutti i soggetti che a vario titolo influenzano il settore (ANAC, MIT, giurisdizioni superiori). Tale comma ha stabilito che *«la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»*.

Il soccorso istruttorio vive la stagione più travagliata e complessa poiché, accanto ad una proceduralizzazione molto segmentata, le irregolarità vengono classificate dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione[15] in due categorie differenti: irregolarità essenziali ed irregolarità non essenziali residuando però un *tertium genus* di irregolarità non essenziali, ma comunque esigibili dalla stazione appaltante[16]. L'onere di non aggravamento della procedura e l'esigenza di evitare l'abuso del ricorso al soccorso istruttorio fecero sì che la legge

n.114/2014 prevedesse che fosse applicabile all'istituto una sanzione pecuniaria, la cui ratio si rinveniva nella fiscalizzazione dell'irregolarità procedimentale quale *onus* che assicurasse la serietà della procedura e responsabilizzasse i partecipanti alla gara. In buona sostanza, e in diverse parole, per il concorrente partecipante che commette l'errore nella presentazione della documentazione la sanzione espulsiva cedeva il passo al pagamento di una multa rendendo di fatto monetizzabile l'errore[17]. L'approdo ultimo si è avuto, come detto, con l'art. 83, comma 9[18], del nuovo codice dei contratti pubblici nella versione post-correttivo, che ha reso gratuito il soccorso istruttorio.

La nuova disposizione prevede che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

Si tratta ora, in disparte la ormai assodata gratuità, di analizzare la latitudine applicativa dell'istituto del soccorso istruttorio, durante la procedura di gara, al netto dei limiti impliciti ed espliciti contenuti nella norma.

2. *I limiti del soccorso istruttorio nel codice degli contratti pubblici anche alla luce della giurisprudenza europea.* - L'art. 83, comma 9, del d.lgs. n.50/2016, così come novellato dall'art. 52 del d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, costituisce, *rebus sic stantibus*, l'ultimo (e non l'unico) approdo normativo cui l'interprete debba riferirsi essendo, altresì, applicabile, *ratione temporis*, anche la disciplina di cui all'art.83, comma 9 ante-correttivo, per tutte le procedure di gare pubblicate anteriormente all'entrata in vigore della novella. L'angusta collocazione riservata dal legislatore all'istituto del soccorso istruttorio all'interno dell'art. 83 (rubricato *Criteri di selezione e soccorso istruttorio*), dedicato ai criteri di selezione e al *rating* d'impresa, sembra scontare, come osservato da parte della dottrina[19], l'esigenza di non creare troppi articoli nel nuovo codice a scapito, ovviamente, della chiarezza sintattica ed espositiva.

Al fine, però, di non estendere troppo la latitudine nomologica della disposizione, nonostante la natura di *general klausel* ormai riconosciuta dalla giurisprudenza all'interno del procedimento amministrativo[20], la norma individua al proprio interno dei limiti applicativi.

Detti limiti, in quanto tali, tendono a tratteggiare il contorno di un istituto il cui perimetro sfugge, però, ad una disciplina di dettaglio.

Ci si riferisce, in particolare, al fatto che il *potere*[21] di ricorrere al soccorso istruttorio diventi



sempre più un *dovere*[\[22\]](#) di soccorso, così come il principio della *par condicio* dei concorrenti abbia ceduto il passo al principio del *favor participationis*.

E', però, nella continua tensione, e bilanciamento, tra i due principi che la sostanza si è fatta forma elevando le acquisizioni giurisprudenziali a norma positiva[\[23\]](#).

Si è data, in altri termini, la forma all'acqua[\[24\]](#).

Interpretando, letteralmente, la prima parte del comma 9 si legge che *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, con esclusione di quelle afferente all'offerta economica e all'offerta tecnica [...]”* emerge quanto segue.

La procedura di soccorso istruttorio si può attivare per carenze (*rectius*: irregolarità e/o omissioni) di qualsivoglia elemento della domanda[\[25\]](#), senza che la norma vada ad elencare tutti i possibili casi di irregolarità. Poi, come acutamente osservato[\[26\]](#), passando dal generale al particolare, la norma enuncia, *in particolare*, in un passaggio da *genus* a *species*, quali categorie ammettano la scusabilità dell'errore e quali, invece, si sottraggano al soccorso; elenca, infine, la *mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi [della domanda] e del documento di gara unico europeo*. La prima parte del nono comma, quindi, enuncia (senza descrivere) l'applicabilità generale e indistinta del soccorso istruttorio alle carenze di qualsiasi elemento della domanda[\[27\]](#); il macro-insieme di cui sopra viene, poi, completato dal sotto-insieme delle irregolarità essenziali, riguardanti gli elementi [della domanda] e del documento di gara unico europeo con esclusione di quelle [irregolarità] attinenti l'offerta tecnica ed economica. L'esigenza di non indicare, al fine di non limitare, gli errori scusabili, favorisce il permanere delle categorie delle irregolarità essenziali e formali così come introdotte dalla determinazione A.N.A.C. n.1/2015. Ma anche tra le irregolarità essenziali[\[28\]](#) non tutte risultano emendabili; risulta possibile sanare soltanto le irregolarità essenziali riguardanti gli elementi della domanda e del D.G.U.E (documento di gara unico europeo) restando invece *non sanabili*, per espressa previsione dell'ultima parte del comma 9, le *<<[...] le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa>>*.

Le irregolarità essenziali[\[29\]](#) non sanabili costituiscono, pertanto, il primo limite, all'applicabilità del soccorso tanto dal lato della domanda quanto dal lato dell'offerta.

La seconda categoria di limite riguarda, invece, il solo lato dell'offerta statuendo l'esclusione dalla sanatoria di tutte le irregolarità essenziali riguardanti l'offerta tecnica ed economica.

Le irregolarità essenziali riguardanti l'offerta tecnica ed economica, stante l'espressa previsione di legge contenuta, come detto, nell'articolo 83, comma 9, non sono suscettibili di sanatoria.

La *vis* espansiva del principio sostanzialistico del soccorso trova, quindi, una naturale

limitazione proprio nell'offerta economica del partecipante. Questo perché, ogni integrazione, regolarizzazione e/o modificazione di un elemento dell'offerta (tecnica o economica che sia) costituirebbe una violazione del principio della pari condizione tra i concorrenti[30] e violerebbe, al medesimo tempo, anche i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché potrebbe incidere sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* di gara ed eludere così la natura decadenziale cui è soggetta la procedura.

Anche la giurisprudenza ha respinto, in un primo momento e rigorosamente, qualsiasi applicazione della disciplina del soccorso riguardante gli elementi attinenti l'offerta, salva la rettifica di errori materiali e/o refusi, stante il pericolo concreto che l'applicazione indiscriminata del principio sostanzialistico potesse far perdere certezza ai principi sopra menzionati[31].

Se ne può dedurre, quindi, un'ampia zona di inoperatività del soccorso istruttorio, lato offerta, allorché l'omissione dichiarativa trascenda i casi di evidente *lapsus calami*, e/o errore ostativo, ai sensi dell'art. 1433 del Codice Civile, ed assuma invece i caratteri di irregolarità essenziale tale da tradursi nella più radicale carenza di un elemento essenziale dell'offerta. E infatti, nel testo dell'art. 83, comma 9, come già detto innanzi, trova ingresso la già menzionata determinazione n.1/2015 dell'A.N.A.C.[32] ove si precisa che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Residua, pertanto, un'applicabilità limitata del soccorso istruttorio agli elementi dell'offerta, tecnica o economica che sia, con il solo limite che l'integrazione e/o la modificazione del contenuto non deve equivalere ad una nuova offerta, ma deve servire a precisare o a chiarire un errore manifesto contenuto nella medesima offerta.

Se l'atteggiamento delle Corti italiane, e lo vedremo nello specifico nel caso degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera (quest'ultimo caso oggetto della pronuncia della C.G.U.E. che sarà diffusamente analizzata), è stato permeato dal timore di non eccedere nel soccorrere anche le offerte incomplete, nell'ordinamento europeo la traccia percorsa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ha introdotto spunti interessanti.

Il nodo gordiano affrontato dalla Corte di giustizia è stato quello di cercare di indagare sul concetto di "nuova offerta" e, quindi, di comprendere in che modo le integrazioni possano dare vita ad una offerta diversa da quella presentata e, allo stesso tempo, inaccettabile.

Due i "case" più rilevanti analizzati in Europa: il caso *Archus-Gama*[33] e il caso *Pippo Pizzo*.

Nel primo, la Corte di giustizia ha affermato che *"Il principio di parità di trattamento degli operatori economici stabilito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato*

d'oneri e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. In questa pronuncia il giudice rimettente polacco si chiedeva, in sostanza, se l'obbligo imposto all'amministrazione aggiudicatrice di invitare un offerente a completare un documento richiesto dalla *lex specialis*, o a presentare un nuovo campione conformemente a tale capitolato, fosse da considerare una violazione della *par condicio* nei limiti in cui l'offerente modifichi il contenuto dell'offerta oppure se fosse consentito. Nel caso in specie, in realtà, le due società *Archus* e *Gama* domandavano alla Stazione Appaltante di sostituire un campione del microfilm corredato all'offerta poiché allegato per errore in luogo del campione corretto; l'amministrazione rispondeva negativamente e, successivamente, le due società (che nel frattempo venivano escluse) proponevano ricorso al giudice polacco, chiedendo l'annullamento della decisione. La questione pregiudiziale posta dall'autorità giudiziaria polacca al Giudice europeo è quella di chiarire se il principio di parità di trattamento (nel cui nome e nella cui osservanza non era stato ammesso il soccorso istruttorio sul microfilm allegato) degli operatori economici possa essere interpretato nel senso che osta a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti gli operatori economici i quali entro un determinato termine (ossia entro il termine per la presentazione delle offerte) non hanno presentato "le dichiarazioni e i documenti" richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, attestanti la conformità delle forniture, dei servizi o dei lavori offerti ai requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice, o i quali hanno presentato "le dichiarazioni o i documenti" richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice inficiati da vizi, a presentare "le dichiarazioni o i documenti (campioni) mancanti o corretti entro il termine supplementare stabilito, senza che sia previsto un divieto in forza del quale le dichiarazioni o i documenti integrativi non possono modificare il contenuto dell'offerta.

Detto in altri termini, e per soprammercato, in quali limiti è ammesso il potere-dovere di soccorso istruttorio?

La risposta data dalla Corte, in questa sentenza, in termini positivi e di emersione e prevalenza della sostanza sulla forma (seppure con i limiti di cui sopra), si discosta dall'orientamento assunto in precedenza il quale, in omaggio ad una visione formalistica del principio della *par condicio*, aveva vietato *tout court* non solo ogni produzione di documenti nuovi<sup>[34]</sup>, ma anche ogni altra regolarizzazione e/o rettificazione di documenti già presentati al di fuori dei termini decadenziali previsti dal bando. Ma già altre volte la Corte, come nel caso *Archus*, aveva aperto alle integrazioni documentali, dal lato dell'offerta, come nel caso *Pippo Pizzo*<sup>[35]</sup>. In tale pronuncia, nell'ipotesi in cui una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione di quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione del diritto nazionale, i giudici avevano ritenuto che l'amministrazione aggiudicatrice potesse accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione<sup>[36]</sup>.

In questa sentenza la Corte di giustizia ammette che un'offerta possa essere corretta, o



completata, su singoli punti, su richiesta dell'amministrazione, qualora quest'ultima necessiti in modo evidente un chiarimento o, qualora, si tratti di correggere errori materiali manifesti; il tutto fatto salvo il rispetto di una serie di requisiti, specificati da precedenti pronunce, e sempre nella misura in cui le integrazioni, o le correzioni, apportate all'offerta iniziale non conducano a modificare quest'ultima in modo sostanziale, circostanza che spetta al giudice di merito verificare.

3. *Oneri di sicurezza, costi della manodopera e soccorso istruttorio nel dialogo tra le Corti Supreme.* - Circa i limiti all'applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio non si può prescindere dal dibattito giurisprudenziale, mai sopito e tutt'ora in corso, riguardante l'applicabilità, o meno, del soccorso istruttorio nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale o, diversamente, dei costi della manodopera, nell'offerta economica.

Tale questione, di estrema attualità, è stata oggetto di attenzione da parte dell'ultima pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea[\[37\]](#) sul tema.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha introdotto l'art. 95, comma 10, il quale testualmente recita: *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione, procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*[\[38\]](#).

Tale norma va letta, in combinato disposto, con l'art. 83, comma 9, già analizzato in precedenza, il quale preclude il soccorso istruttorio per le irregolarità riguardanti l'offerta economica e tecnica. La risultante delle due norme positive è la sicura sanzione espulsiva, senza possibilità di passare dal soccorso istruttorio, per la partecipante alla gara la quale ometta di indicare, nella busta relativa all'offerta economica, *i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, salve le ipotesi in cui tale obbligo non vada indicato.

Le due norme, sopra menzionate, andranno coordinate, però, necessariamente con l'art. 56, par. 3 della direttiva n.2014/24/UE[\[39\]](#) il quale consente, agli operatori economici, salvo disposizione contraria del diritto nazionale, di *presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità? di trattamento e trasparenza.*

La ratio dell'art. 95, comma 10, è di natura eminentemente pubblicistica[\[40\]](#), volta a garantire che gli offerenti indichino in maniera dettagliata, all'interno della loro offerta, sia gli oneri di

sicurezza che i costi per la manodopera.

Quanto agli oneri della sicurezza la giurisprudenza ha individuato due distinte categorie differenziando i costi relativi ai rischi da "interferenze", da quelli connessi ai rischi dell'attività propria dell'appaltatore (c.d. "rischi propri", o "costi di sicurezza aziendale") o altrimenti detti 'costi interni'.

I primi[41] sono quelli derivanti dai contatti tra il personale, o l'utenza, del committente, e il personale dell'appaltatore, per la cui prevenzione la Stazione Appaltante deve elaborare il documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze (*breviter*: DUVRI), quantificando i relativi costi, che devono essere espressamente indicati nella *lex specialis*, e non sono soggetti a ribasso in sede di gara. Cosa assolutamente diversa sono, invece, i costi di sicurezza aziendale[42] (o meglio oneri di sicurezza aziendali) quantificabili dal singolo concorrente, in rapporto alla sua offerta economica e alla sua specifica organizzazione.

Fatta questa precisazione l'altra categoria riguarda i costi della manodopera, anch'essi da indicare a pena di esclusione; sono liberamente valutabili dal concorrente, nel rispetto assoluto dei minimi salariali e degli obblighi contributivi, non devono essere scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, e devono superare il giudizio di congruità in sede di verifica delle offerte anormalmente basse[43], ai sensi e per gli effetti dell'art.97, siccome modificato dal Decreto Sblocca-Cantieri[44], del d.lgs. n.50/2016.

Cosa accade in caso di mancata e/o separata (distinta) indicazione degli oneri di sicurezza, o dei costi della manodopera, dall'importo indicato nell'offerta? E' attivabile il soccorso istruttorio?

La soluzione al quesito è mutata al variare della cornice normativa interna e ha risentito dell'influenza della giurisprudenza europea.

Sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, in mancanza di una norma dal tenore analogo a quella dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n.50/2016, la posizione della giurisprudenza era nel senso di escludere, categoricamente, qualsiasi soccorso istruttorio in caso di offerta carente degli oneri di sicurezza interni. Questa è stata la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.3/2015[45], la quale ha fatto rientrare nell'ipotesi prevista dall'art. 46, comma 1-bis del Codice De Lise, l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza aziendali anche nel caso in cui tale esclusione non era prevista dal bando di gara. L'Adunanza ha precisato che: <<Ai sensi dell'art. 46, c. 1-bis, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni configura un'ipotesi di "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice" idoneo a determinare "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" per difetto di un suo elemento essenziale, e comporta perciò, anche se non prevista nella *lex specialis*, l'esclusione dalla procedura dell'offerta difettosa per l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara, non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, di cui al c. 1 del medesimo articolo, non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale. L'Adunanza Plenaria afferma

*pertanto il seguente principio di diritto: "Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara">>. Successivamente, sempre nell'anno 2015[46], l'Adunanza Plenaria ha specificato che in sede di gara pubblica, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, non è attivabile il soccorso istruttorio. E' già con queste prime pronunce della Plenaria dell'anno 2015 che, però, emerge (seppur in forma ancora fetale) la contrarietà con la normativa europea[47]. Infatti il problema che si è posto il Consiglio di Stato (segnatamente la Quinta Sezione) riguardava il possibile contrasto con la normativa europea della normativa nazionale, ed in particolare, degli artt. 46 comma 1-bis, 86, comma 3-bis e 87, comma 4 del d.lgs. n. 163 del 2006.*

Il contrasto deriva dall'applicare la sanzione espulsiva, senza passare dal soccorso istruttorio, *pur in assenza di specifica indicazione nella lex specialis dell'obbligo di indicare i costi della sicurezza e della predisposizione da parte della stazione appaltante di moduli, sia pure non obbligatori, per la formulazione dell'offerta, nei quali non sia previsto un campo nel quale indicare i costi de quibus.* Ciò che lamenta, in buona sostanza, il Consiglio di Stato, in una dimensione tutta intestina al medesimo Organo, è che l'Adunanza Plenaria abbia enunciato un principio di diritto senza esaminare gli eventuali profili di anti-comunitarietà[48] della norma interna[49].

L'antinomia, tutt'altro che apparente, è stata risolta dalle due pronunce della Plenaria nn.19 e 20 del 2016[50]. Nella indicate pronunce la Plenaria ha affermato, in maniera chiara, che nel caso in cui il concorrente ad una gara d'appalto abbia omesso di indicare, separatamente, nella sua offerta gli oneri di sicurezza aziendale, è ammesso il soccorso istruttorio, a condizione che: *a) sussista un'incertezza normativa e giurisprudenziale sul punto; b) la gara sia stata bandita anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/16; c) la legge di gara non preveda espressamente l'indicazione di tali oneri; d) l'amministrazione abbia predisposto una modulistica fuorviante; e) l'offerta rispetti dal punto di vista sostanziale i costi minimi di sicurezza aziendale.*

Le soluzioni poste dalla Plenaria del 2016, ed espresse nelle condizioni sub a), b), c), d), come noto, sono state condivise in pieno dal legislatore della riforma il quale, con il d.lgs. n.50/2016, ha introdotto l'art. 95, comma 10, risolvendo (apparentemente) il problema espresso circa l'incertezza normativa di una norma che sanzionasse la mancata indicazione degli oneri di sicurezza con l'esclusione.

La formula dubitativa risiede nel fatto che la possibile contrarietà comunitaria si pone anche con la nuova norma in presenza di quelle condizioni indicate dalla Plenaria del 2016, quanto meno sotto i punti sub c), d) ed e).

Detto altrimenti, e più semplicemente, *quid iuris* se la *lex specialis* non preveda la sanzione espulsiva per mancata ottemperanza all'indicazione separata degli oneri di sicurezza interni (c) e, nello stesso tempo, ci si ritrovi in presenza di un'offerta che dal punto di vista formale rispetti gli oneri di sicurezza interni (e) e la stazione appaltante non abbia predisposto una modulistica che contenga in maniera chiara (e non fuorviante) l'indicazione di tali costi (d)?

Sin da subito si sono affermati due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Il primo, che definiremmo sostanzialistico[51], il quale propende per l'applicabilità del soccorso istruttorio nonostante la formulazione dell'art. 95, comma 10, introdotta dal nuovo codice, qualora ricorrano le pluri-menzionate condizioni sub c), d) ed e); differentemente opinando, non si supererebbero le perplessità della Corte di Giustizia dell'Unione Europea circa la violazione dei principi in tema di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

Il secondo orientamento[52], diversamente, abbraccia il punto di vista *sic et simpliciter* formalista il quale, affermando la cogenza (e la prevalenza) della norma positiva, giustifica, con l'espressa previsione dell'art. 95, comma 10, l'esclusione del concorrente il quale non abbia correttamente indicato la specifica voce di costo nella propria offerta.

Alla luce di questo e quadro giurisprudenziale evidentemente incerto, e considerati i sospetti di anticomunitarietà delle norme contenute nel nuovo codice, non sono si sono fatti attendere i rinvii alla Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Di questi interrogativi si è fatto carico il TAR Basilicata[53] il quale ha rimesso alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale[54]. Tale rinvio è stato occasionato da una controversia in tema di affidamento di servizi sanitari sotto-soglia, indetto nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, in cui la commissione di gara, rilevando la specifica indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza, ha consentito la "regolarizzazione" dell'offerta mediante soccorso istruttorio[55]. Il giudice a quo, richiamando gli orientamenti espressi durante la vigenza del codice previgente, dubita della compatibilità comunitaria della disposizione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs.n.50/2016, in combinato disposto con l'art. 83, comma 9, le quali disposizioni escludono in maniera decisa, quale che sia l'ipotesi concreta, il ricorso al soccorso istruttorio. Tale questione pregiudiziale è stata dichiarata, dalla Corte di giustizia, manifestamente irricevibile poiché l'ordinanza del giudice nazionale riguardava una controversia concernente un appalto sotto-soglia comunitaria, il quale non forniva dati idonei a dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Il *casus belli* non era, evidentemente, idoneo a sollecitare una pronuncia dell'Europa la quale, però, non ha tardato ad esprimersi.

Ma è stata la stessa Adunanza Plenaria[56] che nel gennaio del 2019 è ritornata, ancora un volta, sul tema con le ordinanze nn.1,2,3 del 24 gennaio 2019 sottoponendo alla Corte di giustizia la questione circa le conseguenze della mancata indicazione nell'offerta dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza in un appalto sotto-soglia comunitaria[57].

La giurisprudenza amministrativa, segnatamente il T.A.R. per il Lazio, sezione II-bis, con ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562[58], aveva sollevato una questione pregiudiziale, poi decisa con sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2019, sulla quale ci soffermeremo di qui a breve.

La Plenaria, nell'ordinanza n.1 del 24.01.2019 (ma con analoghe rimesse sono state disposte con le ordinanze del [24 gennaio 2019, nn. 2 e 3](#)), ha posto alla Corte di giustizia la questione se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento,

di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) *in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione.*

La Quinta sezione del Consiglio di Stato, pur prendendo atto della pendenza dinnanzi alla Corte di giustizia di una questione analoga a quella oggetto del presente giudizio, che è stata rimessa dal TAR per il Lazio [\[59\]](#), non ha ritenuto di dover disporre la sospensione c.d. *impropria* del giudizio, né di sollevare analoga questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea.

Il giudice rimettente non ha potuto fare a meno di rimarcare l'esistenza di due opposti orientamenti in merito, sia in primo che in secondo grado.

Un primo orientamento, che non a torto abbiamo qui definito formalistico, afferma che il principio enunciato nella Plenaria n.19/2006, fosse limitato alle (sole) gare bandite nel vigore del precedente d.lgs. n. 163 del 2006; sulla base di questo assunto, tale corrente giurisprudenziale ha ritenuto che, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici [\[60\]](#), la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non avrebbe più potuto essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, perché la norma avrebbe determinato, al contrario, un automatismo espulsivo incondizionato a prescindere dalla assenza di uno specifico obbligo dichiarativo nella *lex specialis*.

Un secondo orientamento, invece, di tipo sostanzialistico (o di derivazione *pan europea*) che, al contrario, ha affermato invece che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, e nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo ex art. 95, comma 10, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale *non determinerebbe di per sé l'automatismo espulsivo, almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia espressamente richiamato nella lex specialis, a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza* (come affermato dalla sezione III del Cons. Stato nella sentenza [27 aprile 2018, n. 2554](#)). L'Adunanza Plenaria, dopo aver passato in rassegna la normativa interna e quella europea, ritiene che ai fini della decisione risulti necessario risolvere alcune questione relative alla euro-compatibilità (doverosa) delle disposizioni nazionali con il diritto dell'Unione Europea primario e che quindi sia necessario sollevare una questione per rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE (Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea). La Plenaria, in sostanza, ripiega su sé stessa e abbandona quella interpretazione teleologicamente orientata ai principi europei e aderisce, energicamente, alla tesi formalistica sostenendo che *questo Giudice ritiene che il pertinente quadro giuridico nazionale imponga di aderire alla tesi secondo*



*cui, nelle circostanze pertinenti ai fini del decidere, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l'esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio. Ritiene anche che, ai sensi del diritto nazionale, siccome l'obbligo di separata indicazione di tali costi è contenuto in disposizioni di legge dal carattere sufficientemente chiaro per gli operatori professionali, la mancata riproduzione di tale obbligo nel bando e nel capitolato della gara non potrebbe comunque giovare a tali operatori in termini di scusabilità dell'errore.*

Quanto sopra enunciato viene argomentato sulla base di cinque motivazioni in virtù delle quali domanda alla Corte di giustizia se esse siano idonee a superare l'eccezione di anti-comunitarietà e siano quindi conformi al diritto europeo.

Omettendo di analizzare, per economia del presente contributo, *funditus*, le cinque argomentazioni è necessario sottolineare che il Consiglio di Stato, nella sua composizione plenaria, afferma che il quadro normativo italiano è completamente mutato con il nuovo codice dei contratti e, segnatamente, con l'introduzione dell'art. 95, comma 10, in combinato disposto con l'art. 83, comma 9, senza tralasciare gli artt. 95,97 e 30 del d.lgs.n. 50 del 2016. Stante un tenore normativo chiaro e preciso, confortato dal dato testuale, non è possibile, ad avviso della Plenaria ammettere, a tutt'oggi, la possibilità di soccorso in caso di mancata indicazione degli oneri o dei costi della manodopera.

A questo argomento di carattere testuale si aggiunga anche che la giurisprudenza nazionale ed europea, a leggere le motivazioni dell'estensore, era votata pro-soccorso istruttorio solo perché il quadro normativo (ante nuovo codice) era incerto e non stabile.

A nulla rileva, inoltre, a dire del *Plenum*, che la *lex specialis* integri, o meno, l'art. 95, comma 10, al proprio interno poiché, differentemente ragionando, si determinerebbe l'effetto, *evidentemente contrario al principio di legalità, per cui sarebbe la stazione appaltante a scegliere quali disposizioni imperative di legge rendere in concreto operanti e quali no, semplicemente richiamandole ovvero non richiamandole nei bandi e nei capitolati*[\[61\]](#).

Ad avviso del Consiglio di Stato, quindi, l'etero-integrazione (del codice dei contratti nella *lex specialis* di gara) avviene sempre e comunque, non essendovi incertezze sull'esistenza, applicazione e coerenza della norma positiva.

Un ultimo argomento (il quinto per la precisione) è di carattere sostanziale.

E' qui che il formalismo diventa anche ragion d'essere della norma (e diremmo sostanza) perché sorretto da ragioni logico giuridiche (la c.d. *ratio legis*[\[62\]](#)) che ne giustificano l'applicazione.

Osserva il Collegio che, al riguardo, l'obbligo di indicare i costi della manodopera, e quelli per la sicurezza dei lavoratori, risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni.

Ebbene, in particolare negli appalti ad alta intensità di manodopera (in cui gli oneri lavorativi sono la parte prevalente – o pressoché esclusiva – degli oneri di impresa), il concorrente che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un'offerta economica di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale[63].

La Plenaria conclude che per queste ragioni il quadro normativo nazionale deve essere inteso nel senso di comportare l'esclusione del concorrente il quale non abbia ottemperato all'obbligo legale di separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che tale concorrente possa invocare il beneficio del soccorso.

4. (Segue). *La pronuncia della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019.* - In attesa che la Corte di giustizia dell'Unione Europea si esprima circa il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E.[64], formulato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle ordinanze nn.1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019, è intervenuta, con sentenza del 2 maggio 2019, la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul rinvio pregiudiziale promosso dal TAR laziale nella causa C-309/2018.

Come detto in precedenza il TAR Lazio[65], con ordinanza del 20 marzo 2018, aveva rimesso alla Corte di giustizia la seguente questione: *“deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale ex art. 267 del TFUE: se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché? i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità? e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente”.*

Il procedimento principale aveva ad oggetto una procedura c.d. *aperta* sopra soglia comunitaria.

La *lex specialis* di gara non richiamava, espressamente, l'obbligo incumbente sugli operatori di indicare i costi della manodopera, prescritto dall'articolo 95 del Codice dei Contratti. Scaduto il termine per la presentazione delle offerte, il Comune di Montelanico esercitava, ai sensi dell'art. 83, comma 9, il soccorso istruttorio invitando alcuni degli offerenti ad indicare i

costi della manodopera che non risultavano dal modulo di offerta. Una degli offerenti, in seguito al soccorso, risultava aggiudicataria dell'appalto. La seconda classificata, proponendo ricorso al TAR laziale, sosteneva che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa senza possibilità del beneficio del soccorso. Il TAR, pertanto, si interrogava sulla compatibilità della normativa italiana (che non ammette il soccorso istruttorio nell'ipotesi di cui all'art. 95, comma 10, stante il più volte citato coordinamento di tale disposizione con l'articolo 83, comma 9) con i principi europei della tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto e di proporzionalità, contemplati nella direttiva 2014/24, in particolare nel caso in cui, come nel procedimento principale, l'offerta economica, che non riporta l'indicazione dei costi della manodopera, sia stata redatta dall'impresa partecipante in conformità alla documentazione all'uopo predisposta dalla stazione appaltante, e non sia in discussione il rispetto sostanziale delle norme relative ai costi della manodopera. Il Giudice del rinvio osserva, altresì, che l'applicazione della normativa nazionale in esame potrebbe comportare discriminazioni nei confronti delle imprese stabilite in altri stati membri (dato che l'appalto di che trattasi è un appalto *c.d.* sopra soglia) che volessero partecipare ad un appalto bandito da un'amministrazione aggiudicatrice italiana, non potendo esse nutrire un valido e concreto affidamento sulla correttezza della modulistica predisposta dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il dilemma qui si (ri)propone devastante poiché, a fronte di una applicazione della norma positiva la quale preclude, come noto e come detto, l'applicazione del soccorso residuando soltanto l'opzione espulsiva, il TAR Lazio si interroga sulla possibile compatibilità euro-unitaria di tale norma con i summenzionati principi comunitari alla luce delle peculiarità che si sono verificate nella fattispecie concreta.

Diverse sono state le motivazioni che hanno indotto il giudice amministrativo, considerando anche la giurisprudenza europea in argomento<sup>[66]</sup>, a sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di giustizia la questione di cui sopra.

Esse sono: la mancata integrazione nel disciplinare di gara dell'ipotesi tassativa di esclusione di cui all'art. 95, comma 10, codice dei contratti; la grave carenza, nella documentazione fornita dalla stazione appaltante, dello spazio fisico ove materialmente indicare l'informazione prescritta dalla legge (ma non richiesta dal bando di gara); la garanzia che l'offerta, anche in assenza di specifica indicazione, garantisca il rispetto dei costi minimi della manodopera.

La Corte di giustizia, partendo dalla sua costante giurisprudenza<sup>[67]</sup>, afferma che il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle medesime possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica, quindi, che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. L'obbligo di trasparenza, implica, secondo quanto afferma la Corte, che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onori, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare esattamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. La Corte ha statuito che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che

ostano all'esclusione di un operatore economico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì dall'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali le lacune presenti in tali documenti. In maniera speculare, e con chiarezza disarmante, la Corte afferma che, al contrario, nulla osta all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, a causa del mancato rispetto di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore.

Nel caso che ci occupa, osserva la Corte, dagli elementi forniti dal giudice del rinvio, emerge in maniera chiara che l'obbligo di indicare separatamente i costi della manodopera discende chiaramente dal combinato disposto dell'art. 95, comma 10, e dell'articolo 83, comma 9, del codice dei contratti.

Sebbene nella *lex specialis* non fosse richiamato, espressamente, e a pena di esclusione, l'obbligo di indicare, separatamente, i costi della manodopera, nulla osta a che si applichi l'etero-integrazione delle norme del codice dei contratti atteso anche l'espresso richiamo previsto nel bando. Tutti questi elementi, ad avviso della Corte, consentono di ritenere che qualsiasi offerente, ragionevolmente informato e normalmente diligente era, in linea di principio, in grado di avere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara, incluso l'obbligo di indicare, nell'offerta economica, i costi della manodopera.

Alla luce di questo la Corte afferma che i principi di parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerente interessato senza possibilità di ricorrere alla procedura di soccorso istruttorio, anche in un caso in cui il bandi di gara non richiamasse espressamente l'obbligo di detta indicazione.

Se le osservazioni della Corte di giustizia terminassero qui risulterebbero in perfetta linea con quanto (già qualche mese prima) affermato dall'Adunanza Plenaria nelle ordinanze nn.1,2,3 del 2019 ove, come da questa sostenuto, con l'avvento del nuovo codice la previsione espulsiva è collegata, *strictu sensu*, all'inosservanza del mero dato dichiarativo dei costi della manodopera o degli oneri di sicurezza.

La Corte, però, al paragrafo 29, corregge il tiro, sostenendo che: “tuttavia, dalle osservazioni scritte sottoposte alla Corte dalla Gea emerge che il modulo predisposto che gli offerenti della gara d'appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice.” Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione relativa al bando di gara in questione, verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo

agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice.

La Corte di giustizia, in buona sostanza, valorizza (e diremmo ancora una volta) l'elemento sostanziale, derivante dall'ontologica difficoltà dell'operatore economico nella fattispecie concreta; in tale caso, infatti, non solo la modulistica risultava carente dello spazio fisico onde poter indicare il dato mancante, ma anche il capitolato d'oneri era ostativo all'aggiunta di altri e diversi documenti. Differentemente si potrebbe affermare, provando a ragionare come l'estensore della Plenaria n.1/2019, che l'obbligo di indicare i costi della manodopera, così come gli oneri di sicurezza, non può in nessuna occasione essere sanato.

Esso, infatti, lungi dall'essere un inutile orpello o un mero bizantinismo, ha una vera e propria valenza sostanziale essendo posto a tutela di un'esigenza fondamentale di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni. Per dirla con le parole dell'estensore non è un *artato "costruito" postumo di carattere meramente formale, ma deve costituire un "dato oggettivo" che ha il suo presupposto logico, economico e fattuale nel computo economico di tutti gli oneri, ivi compresi quelli aziendali per la sicurezza del personale che sono connessi all'affare.*

La Corte di giustizia, afferma, in conclusione che *"i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.*

Ci si chiede allora se esista una qualche soluzione mediana che si collochi, per l'appunto, a mezza via, tra la ineludibile esigenza di legalità (espressione anche del principio della parità di trattamento) che dia piena valenza nomica al disposto di cui all'art. 95, comma 10, in combinato disposto con l'art. 83, comma 9, del nuovo codice dei contratti pubblici (come sostiene e vuole la Plenaria) e la esigenza concreta, di natura tutta sostanziale<sup>[68]</sup>, espressa nel paragrafo 29, della sentenza, che non penalizzi in maniera definitiva il concorrente e gli consenta di sanare l'irregolarità commessa (anche) per fatto e colpa di un'amministrazione aggiudicatrice qualora questa prepari documenti imprecisi e/o non idonei ad una corretta compilazione.



Il capitolo ultimo della vicenda non è stato ancora scritto e si attende, come detto, la decisione della Corte di giustizia sugli ulteriori rinvii pregiudiziali posti dalla Plenarie nelle ordinanze del 24 gennaio 2019.

**5. Conclusioni.** - L'analisi condotta sull'istituto del soccorso istruttorio attraverso l'esame della giurisprudenza europea mostra, inequivocabilmente, come l'*imprinting* comunitario abbia connotato e caratterizzato l'evoluzione, in senso sostanziale, dell'istituto ampliandone notevolmente campo di applicazione e latitudine applicativa.

Come detto in apertura è profondamente mutato il rapporto del cittadino con il potere; esso non riguarda più solo gli aspetti legati al provvedimento amministrativo che appare illegittimo e che, pertanto, potrà essere impugnato.

Riguarda anche gli aspetti del rapporto nei quali ad essere fonte di danno (evento) non è la lesione dell'interesse legittimo (che si verifica qualora, in conseguenza della violazione delle norme che regolano l'esercizio del potere, la pubblica amministrazione sottragga o non attribuisca al privato il bene della vita spettante), ma in conseguenza di un comportamento posto in essere dall'amministrazione la cui situazione giuridica lesa ha la consistenza propria del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo<sup>[69]</sup>.

E' proprio il comportamento che viene in rilievo, e diremmo *in obligatione*, al fine di valutare la responsabilità o meno dell'amministrazione.

E' la fase di c.d. *contrattualizzazione del diritto amministrativo*<sup>[70]</sup> ove quest'ultimo prende in prestito alcune categorie del diritto civile al fine di regolare istituti che il legislatore non ha voluto o non ha potuto predisporre. Nel caso del soccorso istruttorio, come detto più volte, la sostanza è diventata forma ed il legislatore ha fatto proprio il modello già prodotto dal formante giurisprudenziale rendendolo un vero e proprio tipo normativo.

Nell'opera continua di circolazione dei formanti la giurisprudenza europea, ma anche italiana, si è resa, con il passare del tempo, sempre più incline a valutare soluzioni che consentissero, in omaggio al principio di proporzionalità (che non è altro se non il principio di buona fede *in executivis* applicata all'azione amministrativa), la più ampia partecipazione delle concorrenti ad una gara di appalto al fine di valutare l'offerta realmente migliore in base ai parametri di qualità e prezzo.

Lo stesso Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 2 marzo 2017 n.975<sup>[71]</sup> ha affermato che <<La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che

*potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili>>.*

Questa posizione *pan-sostanzialistica* del soccorso ha consentito l'applicazione dell'istituto anche in ambito processuale, trovando già applicazione nella giurisprudenza amministrativa di merito[72]. Nell'analisi condotta dal Consiglio di Stato nelle sentenze nn.975 e 976 del 2 marzo 2017[73], il supremo organo amministrativo si è occupato della possibilità di applicare il soccorso istruttorio nella fase successiva all'aggiudicazione a delle precise condizioni e, cioè: a) che la carenza documentale del requisito, in capo all'aggiudicatario, sia di tipo formale e non corrisponda una carenza sostanziale del requisito, il quale poteva essere sanato con il soccorso istruttorio in sede di gara; b) che l'aggiudicatario provi, ex art. 2697 Codice Civile, l'effettiva disponibilità del requisito in contestazione fin dal primo momento (cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare e che, pertanto, ove la procedura di soccorso istruttorio fosse stata attivata correttamente, l'esito sarebbe stato ad essa favorevole); c) qualora l'accertamento sulla sussistenza, o meno, del requisito dipenda da un apprezzamento di tipo vincolato dovendosi escludere, diversamente, ogni valutazioni di tipo discrezionale precluse al giudice amministrativo, tanto da rendere necessaria la riedizione della gara. Come si può agevolmente intuire l'esigenza è eminentemente pratica ed è apprezzabile che la giurisprudenza, in un ottica di economia processuale, nonché di economicità delle procedure di gara, voglia evitare la regressione della procedure ad uno stato inferiore il quale, espletati gli adempimenti necessari, porterebbe al medesimo risultato.

Nella stessa direzione opera il limitato soccorso istruttorio sull'offerta, nei termini precedentemente indicati, nei quali rientra, altresì, la questione sulla mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e dei costi della manodopera.

L'atteggiamento della giurisprudenza europea, e la sua attitudine nomofilattica, spinge a non ritenere (del tutto) preclusa, a differenza della posizione ultima espressa dalla Plenaria, la possibilità di integrare e/o emendare dichiarazioni di gara, *sub specie* il modulo contenente la dichiarazione dei costi di sicurezza aziendale all'interno dell'offerta, nonostante la presenza di un'altra norma positiva (l'art. 95, comma 10 del D.Lgs. n.50/2016) che ne stabilisca il divieto.

Sulle conseguenza di tale impostazione fortemente sostanzialistica (seppure con le garanzie che il principio di proporzionalità e di *par condicio* offre), come quella assunta dalla Corte di giustizia UE, nella sentenza del 2 maggio 2019, e sulla possibilità che il soccorso istruttorio si estenda, nel prossimo non lontano futuro, sino ad operare in ambiti differenti dal contenuto del D.G.U.E. travalicando il perimetro dell'offerta, non è possibile allo stato esprimere opinioni predittive. Un contributo fondamentale, in tal senso, è dato dal possibile dialogo tra le Corti Superiori.

Spetta di sicuro, e ancora una volta, al legislatore assumere una posizione che garantisca il più possibile l'equilibrio e, al tempo stesso, l'esatto temperamento dei diversi principi comunitari contenuti nelle direttive europee nonostante la loro potenziale conflittualità.

Senza dimenticare, però, che la giurisprudenza non potrà mai avocare a sé la naturale

discrezionalità cui il potere amministrativo gode nell'applicazione delle norme le quali riflettono, allo stato, la visione di un rapporto sempre più partecipato anche nell'ambito del diritto degli appalti ove la particolare la natura della procedura di gara (con le sue molteplici fasi che vedono succedersi ad una serie pubblicistica una serie privatistica) vede confliggere diritti soggettivi e interessi legittimi complicando non poco le azioni a tutela del privato e le tecniche di tutela.

---

[1] Non a caso molti autori hanno parlato di <<rivoluzione copernicana>> nel modo di concepire l'esercizio dell'azione amministrativa nelle sue molteplici sfaccettature: dalla "taylorizzazione" del procedimento alla partecipazione dei privati, cfr. M. TIMO, *Considerazioni sull'ambito di applicazione della legge 241/1990, anche alla luce della "riforma Madia"*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2017/11/Timo.pdf>. Sulla taylorizzazione dell'azione amministrativa si veda S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 699 ss.

[2] La responsabilità da contatto sociale della pubblica amministrazione ha trovato riconoscimento negli anni 2000, richiamando, in specie, gli obblighi procedurali introdotti con la legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e

di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e questo al fine, principalmente, di ammettere il privato alla mera allegazione del danno patito e della sua riconducibilità eziologica all'adozione o all'esecuzione di un provvedimento viziato e di imporre all'amministrazione l'onere di dimostrare la propria assenza di responsabilità per mezzo della deduzione di elementi di fatto e di diritto idonei a documentare la ricorrenza di un errore scusabile, e, quindi, di dimostrare l'assenza di colpa nel proprio operato. Cfr. Cass. civ., sez. I, Ord., 25 luglio 2019, in CED n. 19775. *L'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. a dover corrispondere il risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana, né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza. Pertanto, il risarcimento del danno dovuto all'appaltatore va parametrato non già alla conclusione del contratto, bensì al c.d. interesse contrattuale negativo che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro cessante, da intendersi, però, non come mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito ma in riferimento ad altre occasioni di contratto che la parte allega di avere perso.*

[3] Sulla responsabilità da comportamento (amministrativo) si veda G.M. FARALLI, *Approfondimento di diritto amministrativo (a cura di R. GIOVAGNOLI)*, Roma, 2018, 215. L'A. specifica che, in questo tipo di responsabilità, il danno-evento non si realizza nel contesto dell'esercizio del potere ma in conseguenza di un comportamento posto in essere dalla pubblica amministrazione. Ne consegue che la posizione giuridica lesa presenta la consistenza del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo

[4] Per un'analisi evolutiva dell'istituto, si confronti la voce <<Soccorso istruttorio>> a cura di M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, in *Dig. Pubbl.*, 2017.

[5] Senza aver pretesa di generalizzare, o categorizzare, il diritto degli appalti come un universo distinto e separato dal diritto amministrativo, non si può tacere che il *public procurement* costituisca un universo complesso dotato di regole proprie, sia sostanziali che processuali, che gli conferiscono una valenza tutta propria. Tale problema si è posto anche nel diritto civile allorché si è voluto, a livello definitorio, collocare la responsabilità sanitaria o più in

generale la responsabilità professionale *tout court* nell'alveo della responsabilità civile piuttosto che conferirle la dignità giuridica di un (sotto) sistema proprio.

[6] Cfr. P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale, dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia)*, in *Urb e app.*, 2015, 137.

[7] Il riferimento è a N.SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it), 5/2013. Nessun dubbio sussiste, in ogni caso, circa la valenza processuale del soccorso istruttorio. Sul soccorso istruttorio processuale si veda, tra gli altri, L. LA ROSA, *Il soccorso istruttorio "in sede processuale": tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, in *Urb. e app.*, 2017, 4.

[8] Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 83, il quale affermava che «i soggetti nel campo del diritto amministrativo possono essere di diverse specie [...] Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, e? quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà? amministrativa. Bisogna, così?, contrapporre, da un lato i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme, costituiscono [...] la Pubblica Amministrazione, e, dall'altro, gli amministrati».

[9] La gemmazione dell'istituto del soccorso istruttorio, nel diritto degli appalti, è tutta nel passaggio avvenuto, nell'ultimo trentennio, da principio generale di diritto amministrativo, applicabile a tutti i procedimenti amministrativi, a norma peculiare di sistema oggetto di attenzioni da parte della dottrina e della giurisprudenza anche (e soprattutto) europea. Trattasi di gemmazione (o scissione ineguale), prendendo a prestito il lemmario della biologia, e non già di scissione vera e propria, essendo il soccorso istruttorio ancora presente negli altri settori del diritto amministrativo sebbene privo di autonome derivazioni normative mantenendo il collegamento alla norma generatrice di cui all'art. 6 della legge sul procedimento amministrativo.



[10] Art. 46. *Documenti e informazioni complementari* . Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. (testo in vigore dal 19 agosto 2014 al 18 aprile 2016).

[11] M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *op.cit.*

[12] L'applicazione di tale principio, contenuto nell'art. 1419, comma secondo, Codice Civile, comporta che la nullità? delle singole clausole non comporta la nullità? dell' intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

[13] Art. 64, comma 4-bis, D.Lgs. n.163/2006. *“I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall’Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l’indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all’ articolo 46, comma 1-bis. I bandi-tipo contengono indicazioni per l’integrazione nel bando dei criteri ambientali minimi di cui ai decreti attuativi del Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, adottati ai sensi del decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell’8 maggio 2008, e successive modificazioni. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo.”*

[14] L’art. 46, comma 1-bis (introdotto dall’art.4, comma 2, d.l. n.70 del 2011, odierno art. 83, comma 8, d.lgs. n.50/2016, così come modificato dal D.Lgs.n. 56/2017) prevede 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. Dette prescrizioni

sono comunque nulle”.

[15] Determinazione A.N.A.C. n.1 dell’08.01.2015. In questa determinazione *“La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; essa è correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera onnicomprensiva. [...] In caso di mancata regolarizzazione degli elementi carenti, invece, la stazione appaltante procederà all’esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all’incameramento della cauzione esclusivamente nell’ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All’incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio”*. In questo senso cfr. A. BERTI SUMAN, *Approfondimento di diritto amministrativo (a cura di R. GIOVAGNOLI), op.cit.*, p.259. Secondo tale orientamento, afferma l’A., la sanzione sarebbe strettamente collegata alla sanatoria delle irregolarità riscontrate. Di conseguenza, in caso di mancata regolarizzazione, si sarebbe proceduto all’esclusione del concorrente dalla gara. In seguito, con il Comunicato del Presidente A.N.A.C. del 25 marzo 2015, si è precisato che “ il nesso tra la sanzione e la sanatoria nascerebbe, da un lato, dall’esigenza di evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese, e dall’altro, dal principio di primazia del diritto comunitario che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria, anche in caso di recepimento. Ed infatti la Direttiva appalti 2014/24/UE (in corso di recepimento all’epoca della Determinazione A.N.A.C. n. 1/2015) prevedeva la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso dei requisiti generali e speciali senza il pagamento della sanzione. Inoltre, la medesima Direttiva prevede all’art. 59, paragrafo 4, in materia di Documento di gara unico europeo (D.G.U.E.) prevede che “l’amministrazione aggiudicatrice possa chiedere ad offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura”, senza disporre il pagamento di alcuna sanzione.

[16] L’A.N.A.C. differenzia le irregolarità in essenziali e non essenziali. Le prime sono quelle irregolarità nella redazione delle dichiarazioni e dei documenti di gara che non consentono alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto degli stessi (a titolo esemplificativo, la mancata dichiarazione del possesso di uno dei requisiti generali di cui all’art. 38 del Codice o la mancata produzione della cauzione provvisoria). In ipotesi di irregolarità essenziale la stazione appaltante deve obbligatoriamente attivare il procedimento indicato dall’art. 38, comma 2 bis del Codice, mediante la richiesta di regolarizzazione documentale e l’applicazione della sanzione pecuniaria prevista dal bando. Le irregolarità non

essenziali sono quelle che non comportano per la stazione appaltante l'impossibilità di individuare con chiarezza il soggetto e il contenuto della dichiarazione (a titolo esemplificativo versamento del contributo all'Autorità con modalità differenti rispetto a quelle previste). Per tali ipotesi, la stazione appaltante non deve richiedere la regolarizzazione né applicare alcuna sanzione. L'A.N.A.C. individua, poi, un *tertium genus* di irregolarità (che in tutta franchezza complica un po' la tassonomia delle categorie) e cioè le irregolarità che non possono considerarsi essenziali (non incidono quindi sulla individuazione del soggetto dichiarante o sul contenuto della dichiarazione), ma al contempo non sono neppure sussumibili nella categoria delle irregolarità non essenziali, trattandosi di dichiarazioni esigibili da parte della stazione appaltante (a titolo esemplificativo, la mancata indicazione delle posizioni I.N.P.S. ed I.N.A.I.L.).

[17] Sul punto si sono registrate le posizioni diverse dell'A.N.A.C., della giurisprudenza prevalente e della Corte dei Conti. L'A.N.A.C. aveva sostenuto l'inapplicabilità della sanzione al concorrente che rinuncia o non aderisce al soccorso istruttorio; diversamente la Corte dei Conti e la giurisprudenza prevalente avevano sempre collegato la sanzione all'inadempimento a prescindere dall'avvenuta o meno regolarizzazione.

[18] Comma corretto da *Comunicato 15 luglio 2016*, pubblicato nella G.U. 15 luglio 2016, n. 164 e, successivamente, così modificato dall' *art. 52, comma 1, lett. b), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56*. Il testo previgente così recitava: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.”*

[19] Sul punto si osservi P. PROVENZANO , *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in «*Il diritto dell'economia*», vol. 30, n. 94 (3 2017), pp. 817-837 ove l'A. osserva che <<*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](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

[20] A tal riguardo si vedano B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'andamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edil.*, 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. SAITTA, Padova, 2008, 395-396.

[21] Dal punto di vista sostanziale, cercando di compensare l'inefficacia delle innovazioni apportate dal d.l. 13-5-2011, n. 70 e del relativo principio di tassatività delle clausole elencate, la norma in esame si è posta come obiettivo quello di evitare esclusioni dovute a motivazioni meramente formali, da un lato, attraverso lo strumento della semplificazione degli oneri formali relativi alle dichiarazioni sostitutive per la partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici e, su altro versante, tramite la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, sez. III, 8-9-2014, n. 4543).

[22] Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 19-2-2007, n. 281, TAR Sardegna, 9-10-2009, n. 1537. Inoltre, cfr. AVCP, Documento di consultazione 2-8-2011 (``Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro''). Così Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068 e, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663, che parla di "sicura cogenza" del principio del soccorso istruttorio; per un'ampia ricostruzione del dibattito e per le conclusioni nel senso della doverosità del soccorso si veda M. MONTEDURO, *Articolo 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*, in *Codice dei contratti pubblici - Commento articolo per articolo al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Roma, 2012, 355 ss.

[23] La cogenza del principio del soccorso istruttorio ha preso forma proprio grazie alle acquisizioni giurisprudenziali che, travalicando il formante pretorio, hanno dato forza alla norma positiva.

[24] «"Che fai?" gli domandai. E lui, a sua volta, mi fece una domanda. "Qual è la forma dell'acqua?". "Ma l'acqua non ha forma!" dissi ridendo: "Piglia la forma che le viene data "». Il riferimento è al noto romanzo di A. CAMILLERI, *La forma dell'acqua*, Sellerio editore, Palermo.

[25] Il TAR Campania ([Tar Campania, sez. I, 16 luglio 2018, n. 4711](#)) chiarisce l'estensione dell'istituto soccorso istruttorio, e cosa si intende per "elementi formali della domanda" la cui carenza è sanabile mediante soccorso istruttorio. <<Con il termine "domanda" deve intendersi non solo la documentazione amministrativa costituiva dall'istanza di partecipazione e dalle dichiarazioni sostitutive di atto notorio e di certificazione presentate dal concorrente, ma tutto il complesso dei requisiti occorrenti per la partecipazione alla procedura di gara; invero, solo così? intesa, può? avere senso l'espressione "elemento formale della domanda", contrapposto a quello "sostanziale", riferibile alla concreta esistenza e disponibilità? dei requisiti dichiarati e rappresentati. Va aggiunto che nella nozione di carenza di elemento formale va compresa anche l'ipotesi di omessa indicazione tout court, sia perché? la norma stessa del Codice si riferisce ad ipotesi di « mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi (escludendo quelli riferibili all'offerta)», sia perché? la sanatoria consente che siano « rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie»; e? appena il caso di aggiungere che, in fattispecie come quella in esame, la rappresentazione



dell'elemento e? di tipo binario, ossia di possesso o meno, anche alla luce della struttura sintetica dei modelli utilizzabili, per cui incompletezza ed omissione della dichiarazione finiscono per sovrapporsi>>.

[26] M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, in *Giur. it.*, 6,2018, 330.

[27] Vi è, cioè, una macro categoria di irregolarità, volutamente individuata in modo ampio, con riferimento alla quale è consentito il soccorso istruttorio (le “*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*”), M. ALLENA, *op.cit.*

[28] Nell'ottica di rendere ancora più chiaro il quadro appena delineato, l'Autorità ha espressamente elencato tre distinte ipotesi generali di carenze essenziali: a) assenza di dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del codice (fatto comunque salvo che la dichiarazione sostitutiva, relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 del d.lgs. 12-4-2006, n. 163, poteva essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non doveva necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostantive individuate dal legislatore); b) dichiarazione non resa da parte o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individuava come titolari del requisito; c) dichiarazione che non permetteva di comprendere se il requisito fosse posseduto o meno.

[29] Secondo quanto stabilito dalla determinazione effettuata dall'ANAC, la nozione di irregolarità essenziale doveva univocamente riferirsi all'omissione, all'incompletezza e ad ogni altra irregolarità della dichiarazione, idonea a non consentire di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, così come emergeva, da un lato, dall'intenzione del legislatore di evitare che la generale sanabilità delle carenze e delle omissioni inducesse gli operatori a produrre dichiarazioni lacunose e, su altro versante, dallo stesso dato testuale dello stesso comma 2 bis, in base al quale, nei casi di irregolarità essenziale, la stazione appaltante assegnava al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il

contenuto e i soggetti che le dovevano rendere.

[30] Tra gli altri, in tal senso *cf.* 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..

[31] 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 decadenziale 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](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Conformi in tal senso anche Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2017, n. 1320, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2012, n. 4654. Da ultimo anche Tar Sicilia, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1785, in *Quot.giuridico*, Wolters Kluwers, ha affermato che il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per supplire a carenze dell’offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l’offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi, ipotesi quest’ultima invocata da parte ricorrente ma di dubbia configurabilità nella fattispecie concreta. A questi fini si definisce “errore materiale” quello frutto di una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell’offerta che deve emergere *ictu oculi* dal documento stesso senza alcun bisogno che vengano compiuti ulteriori indagini finalizzate alla ricostruzione della volontà del dichiarante, il cui contenuto, nonostante l’errore, deve rimanere individuato ed individuabile, con certezza, da chiunque si appresti alla lettura e comprensione dell’atto ([Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2017, n. 1320](#)).

Si deve escludere il ricorso al soccorso istruttorio a fronte dell’inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione e atti a dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione a gara, al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande ([Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2012, n. 4654](#)).

[32] Nello specifico, non sono stati ritenuti sanabili, costituendo così una causa di esclusione ai sensi dell’art. 46, co. 1 bis, i casi di incertezza assoluta sulla provenienza dell’offerta o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, in grado di far sospettare che sia stato violato il

principio di segretezza delle offerte, come ad esempio: (i) la mancata, errata o eccessivamente generica indicazione, con riguardo al plico, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta; (ii) la mancata, errata o eccessivamente generica indicazione, sul fronte delle buste interne, del contenuto delle stesse; (iii) la mancata sigillatura con chiusura ermetica del plico e delle buste interne; (iv) il mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate e debitamente sigillate.

[33] Corte giust. UE 11 maggio 2017, C- 131/16, *Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik c. Polskie Górnictwo Naftowe Gazownictwo S.A.* Corte giust. UE 2 giugno 2016, *Pippo Pizzo c. CRGT Srl*.

[34] Corte giust. UE 10 ottobre 2013, C- 336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser c. Manova A/S*. In questo caso (sentenza Manova) la Corte ha affermato che “ *Il principio della parità di trattamento dev’essere interpretato nel senso che non osta a che un’amministrazione aggiudicatrice chieda a un candidato, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, di comunicare i documenti descrittivi della sua situazione, come il bilancio pubblicato, la cui esistenza prima della scadenza del termine fissato per presentare la candidatura sia oggettivamente verificabile, sempreché i documenti di detto appalto non ne abbiano esplicitamente imposto la comunicazione sotto pena di esclusione della candidatura. Tale richiesta non deve indebitamente favorire o sfavorire il candidato o i candidati cui detta richiesta è stata rivolta.*” La sentenza *Manova*, *leading case*, è stata richiamata anche da Corte giust. Ue, sez. V, 4 maggio 2017, C-387/14 , in questa *Rivista*, 2017, 8, con nota di B. ACCONCIAIOCO.

[35] Nella sentenza Pippo Pizzo la Corte ha statuito che “Il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un’interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all’operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall’amministrazione aggiudicatrice”.

[36] SUMAN A.B., *Il soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici: contenuto, limiti e profili processuali*, in *Approfondimenti di diritto amministrativo (a cura di GIOVAGNOLI R.)*, Roma, 254, 2018.

[37] Corte di Giustizia UE, IX Sezione, sentenza 2 maggio 2019, causa C-309/18.

[38] Anche l’art. 95, comma 10, ha subito una novella ad opera del Decreto Correttivo (d.lgs. n.56/2017). La versione previgente così disponeva: “*Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*”.

[39] *Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza.*

[40] La comune matrice della sicurezza è legata alla tutela del diritto alla salute il quale ha fondamento costituzionale negli artt. 1,2 e 4 e, specificamente negli artt. 32,35 e 41 Cost.

[41] I costi della sicurezza sono definiti all'art. 100 del d.lgs. n. 81/2008. I costi della sicurezza derivano dall'analisi eseguita dalla stazione appaltante o dal C.S.P. (Coordinatore per la Sicurezza in fase di Progettazione), ove nominato, all'interno del P.S.C. (Piano di Sicurezza e Coordinamento). Nello specifico, nei costi della sicurezza vanno stimati (per tutta la durata delle lavorazioni previste nel cantiere) i costi: degli apprestamenti previsti nel P.S.C.; delle misure preventive e protettive e dei dispositivi di protezione individuale eventualmente previsti nel P.S.C. per lavorazioni interferenti; degli impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche, degli impianti antincendio, degli impianti di evacuazione fumi; dei mezzi e servizi di protezione collettiva; delle procedure contenute nel P.S.C. e previste per specifici motivi di sicurezza; degli eventuali interventi finalizzati alla sicurezza e richiesti per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti; delle misure di coordinamento relative all'uso comune di apprestamenti, attrezzature, infrastrutture, mezzi e servizi di protezione collettiva. Dunque, i costi della sicurezza sono legati alla discrezionalità delle scelte tecniche fatte dal committente dell'opera, dal suo progettista, rese applicative dal coordinatore della sicurezza in fase di progettazione e stimate all'interno del P.S.C. Costituiscono somme conseguenti ad attività che l'appaltatore deve porre in essere da contratto. (<http://biblus.acca.it/focus/costi-manodopera-e-sicurezza/>).

[42] Si definiscono oneri di sicurezza aziendale (oppure *c.d.* costi di sicurezza aziendale) i costi aziendali sostenuti al fine di ridurre i rischi specifici come operatore economico e come misure necessarie alla riduzione dei rischi nelle fasi di lavoro; sono contenuti in quota parte all'interno dell'analisi delle voci relative alle fasi di lavorazione (cfr. D.P.R. 207/2010 art. 32). Gli oneri possono essere indicati in una specifica tabella che la Stazione Appaltante può inserire all'interno della documentazione atta alla formalizzazione dell'offerta da parte dell'operatore economico. La tabella potrà avere l'indicazione dei oneri relativi all'attivazione di misure specifiche al fine di ridurre i rischi aziendali e la definizione economica di dettaglio degli stessi per: a. misure per la gestione del rischio aziendale; b. misure di prevenzione per la gestione dei rischi connesse alle lavorazioni e contestualizzate nello specifico appalto. Per quanto concerne le misure di cui al punto a: spese amministrative varie; D.P.I./D.P.C. (questi ultimi se non previsti nel P.S.C.); uso delle attrezzature di lavoro; redazione documenti; sorveglianza sanitaria; gestione delle Emergenze; formazione, Informazione e Addestramento; servizio di



Prevenzione e Protezione dai Rischi. Per quanto concerne le misure di cui al punto b: Spese di adeguamento cantiere in osservanza del D.Lgs. 81/2008; impianto, manutenzione, illuminazione e ripiegamento finale dei cantieri, inclusi i costi per l'utilizzazione di aree diverse da quelle poste a disposizione dal committente. Di tali oneri la stazione appaltante dovrà valutarne e verificarne la congruità in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta con procedimento di cui alla vigente normativa in materia (<https://www.cantierepro.com/differenza-tra-oneri-sicurezza-e-costi-sicurezza-286.html>) .

[43] L'ipotesi dell'offerta anomala ricorre quando l'offerta appare anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara e, in quanto tale, suscita il sospetto della scarsa serietà dell'offerta ed di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per l'inidoneità dell'operatore ad assicurare all'operatore economico un adeguato profitto. Così sul punto si veda G. LONGO, *Oneri di sicurezza ed elementi costitutivi dell'offerta*, in *Obiettivo Magistrato*, 1, 2018.

[44] D.l. 18 aprile 2019, n.32, convertito in l. 14 giugno 2019, n.55, a decorrere dal 18 giugno 2019.

[45] Cons. Stato, Ad.Pl., 20 marzo 2015, n. 3, in *Foro It.*, 2016, 2, 3, 114. Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara. L'omessa indicazione, inoltre, non è sanabile con il ricorso all'istituto del cosiddetto soccorso istruttorio, ex art. 46, comma 1, del Codice dei contratti pubblici. (afferma il principio di diritto e restituisce gli atti alla Sez. V per la decisione dell'appello avverso TAR Campania Napoli, Sez. I, n. 2010 del 2014).

[46] Cons. Stato, Ad.Pl., 20 marzo 2015, n. 9, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 3, 365, nota di D. GALLI, A. CAVINA. Nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, neanche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si sia conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Ad. Plen. n. 3 del 2015.

[47] Sono i dubbi che si è posto il Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2016, n.9. [...]. *Da un lato, infatti, il Collegio non può fare a meno di rilevare il possibile contrasto con la normativa dell'Unione Europea della normativa nazionale, ed in particolare, degli artt. 46 comma 1-bis, 86, comma 3-bis e 87, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006, se interpretati nel senso che, pur in assenza di specifica indicazione nella lex specialis dell'obbligo di indicare i costi della sicurezza e della predisposizione da parte della stazione appaltante di moduli, sia pure non obbligatori, per la formulazione dell'offerta, nei quali non sia previsto un campo nel quale indicare i costi de quibus, l'offerta che ne sia priva debba essere esclusa dalla stazione appaltante. Dall'altro, quest'eventualità fa sorgere un ulteriore motivo di dubbio, che è quello del rapporto tra il ruolo nomofilattico assegnato dall'art. 99 c.p.a. all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia. In definitiva, ciò che viene posto in discussione è l'effettiva dimensione del ruolo dell'Adunanza Plenaria quale organo cui spetta il compito di orientare la giurisprudenza amministrativa anche nei rapporti con la Corte di Giustizia, ogni qual volta il massimo Organo di giustizia amministrativa sia intervenuto su una particolare questione, enunciando un principio di diritto, che possa essere sospettato di anticomunitarietà. Due le ipotesi che vanno prese in esame: a) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, facendosi carico di esaminare gli eventuali profili di anticomunitarietà, finendo con l'escluderli; b) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, senza esaminare, come nella fattispecie, gli eventuali profili di anticomunitarietà.*

[48] La Corte di Giustizia europea aveva affrontato la questione degli oneri di sicurezza (Corte Giust. UE, Sez. VI, ord., 10 novembre 2016, C.140/16, C-697/15, C-162/16, Spinosa) nel senso dell'illegittimità dell'esclusione della gara del concorrente che non abbia indicato i costi di sicurezza aziendale. La Corte ha affrontato in particolare il principio secondo cui la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza non può portare all'esclusione laddove non espressamente statuito dagli atti di gara ovvero dalla legislazione nazionale, dovendo in tal caso la stazione appaltante garantire il soccorso istruttorio. In questo senso, S. CRESTA , L. POLITO, *il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica*, *Giur.it*, 11, 2017.

[49] Deve evidenziarsi che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva trasposta, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, pertanto all'art. 208, terzo comma, T.F.U.E. Tale obbligo di interpretazione conforme, che assicura la piena efficacia del diritto dell'Unione, riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori che posteriori alla direttiva di cui trattasi. In questo senso G. LONGO, *op.cit.*

[50] Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n.19, in *Foro It.*, 2017, 6, 3, 309. Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio. Cons. Stato, Ad.Pl., 27 luglio 2016, n.20, nella quale conformemente alla sentenza n.19 la Plenaria ha affermato che “[...] *deve escludersi che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale. In quest'ottica, quindi, a fronte di una offerta carente della separata indicazione degli oneri di sicurezza, la doverosità del soccorso istruttorio sussiste anche per le gare in cui la fase delle offerte si sia perfezionata dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015*”.

[51] L' orientamento *c.d.* sostanzialistico ha affermato che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, e nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo ex art. 95, comma 10, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determinerebbe di per sé l'automatismo espulsivo, almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia espressamente richiamato nella *lex specialis*, a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare in alcun modo i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza (come affermato dalla Sezione III del Cons. Stato nella sentenza 27

aprile 2018, n. 2554). Tra la giurisprudenza adesiva, a questo orientamento, è opportuno confrontare: TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 16 gennaio 2018, n. 43; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611, in *Giur.It*, 2018, 5,1179, con nota di C. LAMBERTI; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 3217; T.A.R. Campania, sentenze n. 521 del 6 agosto 2018, n. 3149 dell'11 maggio 2018; T.A.R. Lombardia - Brescia, n. 912 del 14 luglio 2017; T.A.R. Sicilia, n. 1318 del 15 maggio 2017; TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 20 luglio 2017, n. 8819.

*Pregevole il ragionamento esposto dal Tar romano. Infatti, sono proprio i principi elaborati dalla giurisprudenza appena indicata che inducono il Collegio a ritenere che, nel vigore dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50 del 2016, la mancata indicazione da parte del concorrente ad una gara d'appalto degli oneri di sicurezza interni alla propria offerta non consenta l'esclusione automatica di quest'ultima, senza il previo soccorso istruttorio, tutte le volte in cui non sussista incertezza sulla congruità dell'offerta stessa, anche con riferimento specifico alla percentuale di incidenza degli oneri, ed il bando non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione per il caso dell'omessa precisazione dei suddetti costi. Infatti, posta la natura formale dell'omissione nei termini considerati dalla sentenza dell'A.P. nr. 19/2016, non essendo in contestazione la quantificazione effettiva dei costi che la concorrente ha indicato, né la sostenibilità del prezzo offerto, né la loro congruità, non può non venire in rilievo l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016 che consente il soccorso istruttorio con riferimento a qualsiasi "elemento formale" della domanda.*

*Vero è che la previsione di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016 esclude la esperibilità del soccorso istruttorio nei casi di irregolarità afferente all'offerta economica: ma si tratta di irregolarità "essenziali" ovvero di quei medesimi elementi che introducono un elemento di incertezza sostanziale dell'offerta, ai quali si riferisce la motivazione della sentenza nr. 19/2016 dell'Adunanza Plenaria nella parte che si è dapprima riportata. A diversamente ritenere - laddove cioè si concludesse circa la radicale non sanabilità della irregolarità formale dell'offerta pure in assenza di contestazioni circa la sua congruità effettiva - si determinerebbe, per il tramite della sanzione dell'esclusione, una conseguenza manifestamente sproporzionata rispetto alla ratio di tutela della previsione in esame (che si propone di assicurare, tramite la esternazione della percentuale dei costi di sicurezza interni, la vincolatività di essi per l'operatore economico ed al contempo la possibilità di valutarne la congruenza prima dell'aggiudicazione dell'appalto); si tratterebbe di una applicazione del principio funzionale solamente alla introduzione di meri formalismi nel procedimento di gara, del tutto inidonei ad assicurare la verifica della sussistenza di effettive ricadute concrete sullo svolgimento del confronto concorrenziale, sulla par condicio dei concorrenti, nonché sull'effettività e regolarità del giudizio circa la migliore offerta cui aggiudicare l'incanto.*

[52] Circa il divieto di soccorso istruttorio si confronti: TAR Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Cons. Stato, sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 06-07/02/2018, n. 337; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 17/11/2017, n. 2688;

TAR per il Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; TAR per la Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604; TAR per la Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358. Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 815; id., 28 febbraio 2018 n. 1228; id., 12 marzo 2018, n. 1228; id., 25 settembre 2018, n. 653. Da ultimo: T.A.R. Umbria, I, n. 56 del 22 gennaio 2018, T.A.R.. Sicilia Catania, III, 31 luglio 2017, n. 1981; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34.

[53] TAR Basilicata, ord. 25 luglio 2017, n.525, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/40082/nsiga\\_4435135.pdf/9ff5ff18-dafa-bcd2-663c-c259d4467ef4?version](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/40082/nsiga_4435135.pdf/9ff5ff18-dafa-bcd2-663c-c259d4467ef4?version).

[54] La questione pregiudiziale è stata espressa nei termini seguenti. *Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale ex art. 267 del TFUE: a) Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà? di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché? i principi che ne derivano, come la parità? di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità? e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti pubblici, determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità? di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale*

[55] Per un esame della questione espressa dal TAR Basilicata si veda R. GAROFOLI, *Corso di magistratura amministrativa*, Nel diritto editore, 2017.

[56] [Cons. St., Ad. Plen., 24 gennaio 2019, n. 1,2,3, Pres. Patroni Griffi, Est. Realfonzo](#), in



<https://www.giustizia-amministrativa.it>.

[57] La Quinta sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto di dover sottoporre all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., la questione di diritto interno relativa all'interpretazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 18 aprile 2016 e s.m.i., quale mezzo atto a risolvere preventivamente, in tempi più brevi, i dubbi di compatibilità comunitaria e superare così la "causa ostativa" che ha già determinato (e potrebbe ancora determinare) la sospensione ex art. 79, comma 1, c.p.a. di diversi giudizi amministrativi pendenti anche in grado di appello.

[58] TAR Lazio, Roma, sezione II-bis, ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 – Pres. Stanizzi, Est. Mangia, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

[59] Ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562, *cit.*

[60] Per la V Sezione, l'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, avrebbe dunque chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i c.d. costi di sicurezza aziendali ed avrebbe superato le incertezze interpretative, in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo, definite dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015, ritenendo che, con tale *escamotage*, si finirebbe per consentire "... *in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica*" (sez. V 7 febbraio 2017, n. 815, e nello stesso senso *idem* 28 febbraio 2018 n. 1228, 12 marzo 2018, n. 1228, 25 settembre 2018, n. 653). In particolare nella ricordata sentenza n. 815 cit. la Sezione V aveva rilevato che: in quei casi l'obbligo di separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale era stato imposto, a pena di esclusione, ai partecipanti alla procedura di gara dalla *lex specialis* della procedura, mediante un'espressa previsione contenuta nel disciplinare o nella lettera di invito; l'obbligo emergerebbe comunque con adeguata chiarezza dalla *litera legis* in quel caso disattesa dalla società appellata; l'appellante avrebbe, poi,

ancorato la determinazione del *quantum* di tali oneri ad un parametro incerto e fluttuante quale l'“ *un per cento del margine dell'offerta*”, per cui il livello delle spese destinate alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro avrebbero potuto essere compromesse in caso in cui “*..ricadute economiche della commessa presentino un andamento negativo*”; l'obbligo di indicazione sarebbe chiaramente sancito dalla legge e la sua violazione determinerebbe conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del Codice in quanto precetto posto a “*salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute*”.

[61] Si veda paragrafo 9.1. dell'ordinanza sopra richiamata.

[62] Dalla *voluntas legislatoris* si passa così ad una differente *voluntas legis* determinabile non più in relazione al tempo ed all'occasione che hanno dato vita al testo legislativo quanto, piuttosto, alla sua polisemica formulazione ed alla sua concreta portata attuale. La frase che precede è di R. MANZIONE, *Relazione sulle attività del Comitato inquirente per le elezioni in Piemonte nel 2006, in Allegato 1 al riassunto dei lavori (n. 68 della 15ª Legislatura) della seduta del 21 gennaio 2008 della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica*, in [http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/15/SommComm/0/297980/index.html?part=doc\\_dc](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/15/SommComm/0/297980/index.html?part=doc_dc).

[63] Si veda paragrafo 9.5. dell'ordinanza citata.

[64] Anche le ordinanze nn.2 e 3 del 24.01.2019 hanno formulato questione pregiudiziale ai

sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. ponendo l'identico quesito: << “se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”>>.

[65] In precedenza, sub nota 60.

[66] Corte di Giustizia UE, in particolare l'ordinanza della sez. VI del 10 novembre 2016, C-140/16, Edra Costruzioni soc. coop. e altro, insieme alla sentenza della sez. VI del 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, *cit.*, in cui si è stabilito che “i principi di trasparenza e della parità di trattamento richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché quest'ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati dal fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti” e si è, quindi, affermato che “nell'ipotesi in cui, come nella controversia principale, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione di quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione”, non potendosi, quindi, escludere un offerente solo a causa dell'inosservanza dell'obbligo di indicare separatamente, nell'offerta, i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro; ciò è anche sulla base del rilievo per cui la sussistenza di una tale condizione – “derivante dall'interpretazione del diritto nazionale e dalla prassi di un'autorità” – “sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione nonché della prassi delle autorità nazionali non può essere comparato a quello degli offerenti nazionali”.

[67] Si veda, ad esempio, la sentenza *Pippo Pizzo*, già citata in nota n.36.

[68] espressione del principio del *favor participationis*, nonché di trasparenza e proporzionalità.

[69] Sul punto si veda R. GIOVAGNOLI, *op.cit.*

[70] C. AMIRANTE, *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993.

[71] Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n.975, in *Urb e app.*, 2017, 4, 488. La sentenza riguarda un caso regolato dal d.lgs. n. 163/2006. *La successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione (ex art. 38 "Requisiti di ordine generale") non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, - per come sostenuto dalla contro interessata - giacché essa mira ad attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio.*

[72] Di recente Tar Puglia, Bari, sez. I, 20 luglio 2016, n.948, aveva affermato la possibilità per l'amministrazione di consentire all'impresa aggiudicataria di sanare la propria documentazione, una volta conclusa la procedura con l'aggiudicazione definitiva, atteso che la stazione appaltante non consuma il potere di verifica del possesso dei requisiti previsti dal

bando, potendo sempre intervenire in autotutela sugli atti del procedimento di evidenza pubblica sussistendone i presupposti. Sempre circa il soccorso istruttorio processuale si veda Tar Lazio, Roma, sez. II, 15 marzo 2017, n. 3541 ove si afferma che *“con riferimento alla documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara, deve ritenersi normalmente possibile anche il soccorso istruttorio quando la documentazione esaminata dall’amministrazione non sia risultata sufficientemente chiara o completa nella dimostrazione dei requisiti richiesti, fermo restando, anche qualora venga esercitata tale facoltà, il potere dell’amministrazione di escludere dalla gara le imprese che non provino dopo una eventuale richiesta istruttoria integrativa, il possesso dei necessari requisiti tecnici richiesti per la partecipazione alla gara. Tale essendo la ratio e la finalità dell’istituto, deve ritenersi che il relativo sub-procedimento non sia precluso a valle dall’aggiudicazione e, quindi, alla stazione appaltante è consentito chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma, nei casi in cui l’amministrazione si sia avveduta di eventuali carenze documentali non a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni) ma all’esito dell’aggiudicazione”*.

[\[73\]](#) Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n.976. In questa sentenza del Consiglio di Stato viene affrontato il tema del soccorso istruttorio processuale. Si legge nella sentenza che: *“L’aggiudicatario di un appalto pubblico, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, può limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione. A tal fine la parte è gravata dall’onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell’errore contenuto nella dichiarazione (può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare)”*.