



**Soccorso istruttorio specificativo e
soccorso istruttorio integrativo –
implicazioni pratico/operative nella
recentissima giurisprudenza**

*A domanda Risponde **Stefano USAI***

6 MAGGIO 2021 dalle ore 15.00 alle ore 16.00

Quesiti

- **QUANDO IL RUP, PER RITARDO PALESE SULLA ESECUZIONE DEL PROPRIO LAVORO, PUÒ ESSERE RIMOSSO DIRETTAMENTE DAL SINDACO (?) SENZA INCORRERE IN UN EVENTUALE CONTENZIOSO?**
- **È POSSIBILE PORRE L'ATTENZIONE SULLA CASISTICA PRATICA DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO?**
- **SE LA DITTA RISPONDE SOLO PARZIALMENTE ALLA RICHIESTA DI INTEGRAZIONE DEI DOCUMENTI LA SI ESCLUDE DALLA GARA?**

Quesiti

È POSSIBILE PERMETTERE IL SOCCORSO ISTRUTTORIO PER LA PRESENTAZIONE DEL **PASSOE** E SOPRATTUTTO È POSSIBILE ACCETTARE POI UN PASSOE CON DATA SUCCESSIVA ALLA SCADENZA DELLA DOMANDA DI PARTECIPAZIONE?

*(parere MIT 860/2021) Il PASSOE è condizione per compiere le verifiche sulle autodichiarazioni di gara. **La sua presentazione non è quindi nè requisito nè condizione di partecipazione alla procedura.** In caso di mancata generazione del PASSOE al momento di presentazione dell'offerta, **si potrà richiedere lo stesso PASSOE, ma non a pena di esclusione.** Il PASSOE potrà anche **avere data successiva al termine di scadenza della ricezione delle offerte.** La mancata presentazione del PASSOE diviene escludente solo se richiesto e non generato in tempo utile per le verifiche.*

LA VERIFICA DELLE RISULTANZE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO SONO APPROVATE DAL RUP O DAL DIRIGENTE COMPETENTE SU PROPOSTA DEL RUP?

- **È POSSIBILE RINNOVARE UN CONTRATTO CON LO STESSO FORNITORE, UTILIZZANDO LO STRUMENTO DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO, NONOSTANTE SIA IL PROLUNGAMENTO DI UN ALTRO AFFIDAMENTO DIRETTO APPENA TERMINATO? OVVIAMENTE GIUSTIFICANDO IL TUTTO CON UNA VALUTAZIONE IN TERMINI DI COSTI BENEFICI.**

Quesiti

Quesiti

PUÒ IL SINDACO, INGEGNERE, ESSERE NOMINATO RUP ESSENDO ANCHE RESPONSABILE DELL'AREA TECNICA?

(ANAC 19/02/2021) In caso di carenza in organico di figure idonee a ricoprire l'incarico di RUP, la stazione appaltante deve verificare, in via prioritaria, la possibilità di attribuire l'incarico ad un qualsiasi dirigente o dipendente amministrativo in possesso dei requisiti o, in mancanza, ad una struttura di supporto interna formata da dipendenti che, anche per sommatoria, raggiungano i requisiti minimi richiesti dalle Linee guida n. 3/2016 o, ancora, di svolgere la funzione in forma associata con altri Comuni, senza incorrere in maggiori oneri". In pratica l'assegnazione delle prerogative di RUP ad un componente dell'organo esecutivo, nei comuni di minori dimensioni, è ipotizzabile solamente quando questa costituisca l'unica alternativa "percorribile nel caso concreto per superare la carenza in organico di figure idonee a ricoprire l'incarico di RUP".

Art. 83 comma
9 del Codice
(primo
periodo) –
ambito
oggettivo -

9. Le carenze di
qualsiasi elemento
formale della **domanda**
possono essere sanate
attraverso la procedura
di soccorso istruttorio di
cui al presente comma

Art. 83 comma 9
del Codice
(secondo periodo)
– ambito oggettivo
di applicazione
della (sola)
**fattispecie del
soccorso
integrativo**

- 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'art. 85 (DGUE), **con**
esclusione di quelle afferenti
all'offerta economica e all'offerta
tecnica,

Art. 83 comma 9
del Codice (ultimo
periodo periodo) –
completa l'ambito
oggettivo di
applicazione della
(sola) fattispecie
del soccorso
integrativo

- Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Fondamento del potere di intervento

L. 241/90 Art. 6.
(Compiti del responsabile del procedimento)

1. Il responsabile del procedimento:

a) (...)

b) 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;

Obbligatorietà del soccorso

- La giurisprudenza ha configurato il soccorso istruttorio **come adempimento istruttorio obbligatorio del responsabile del procedimento** (e nella procedura d'appalto, del RUP).
- Più nel dettaglio, secondo il **Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, del 29 maggio 2018 n. 527**, pur vero che l'attività di supporto istruttorio nei confronti del richiedente deve ritenersi doverosa **al netto di limiti estrinseci ravvisabili nel solo rispetto del principio della par condicio** (*ex multis*, Cons. St., V, 5 dicembre 2012, n. 6248),

Obbligatorietà del soccorso

I limiti della par condicio devono essere *ripensati/riconfigurati* proprio per effetto della fattispecie del soccorso istruttorio integrativo (introdotta dall'articolo 39, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) **secondo cui le carenze formali essenziali non determinano l'immediata esclusione ma obbligano il RUP a richiedere l'integrazione, come detto, entro il termine di 10 giorni.**

Questa disposizione ha avuto l'effetto di ridurre **“notevolmente la portata del principio del rispetto della par condicio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici e nel contempo ampliano l'istituto del dovere di soccorso istruttorio”**.

*E' doveroso
provvedere a
quelle
integrazioni*

questo si riflette, sempre secondo
questo giudice, anche sull'estensione
del dovere di soccorso istruttorio
nella generalità degli altri
procedimenti di massa "nei quali,
pertanto, **è doveroso** provvedere
a quelle integrazioni documentali
che consentano **di superare la
mancanza o incompletezza delle
dichiarazioni presentate dagli
interessati**".

Tar Puglia,
Bari, sez. II,
con la
sentenza n.
835/2020

Sull'appaltatore insistono specifici obblighi di diligenza nel momento in cui predispone la domanda di partecipazione alla gara e la correlata documentazione. **Eventuali omissioni, in presenza di regole chiare della legge speciale di gara, non consentono l'attivazione del soccorso istruttorio integrativo da parte del RUP.**

In questi termini si è espresso il Tar Puglia, Bari, sez. II, con la sentenza n. 835/2020

La spiegazione/previsione nella legge speciale dell'operatività del soccorso istruttorio

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e **ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica** e all'offerta tecnica, **possono** essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice. **L'irregolarità essenziale** è sanabile laddove non si accompagni ad **una carenza sostanziale** del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove **consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti**, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta

**La
spiegazione/previs
ione nella legge
speciale
dell'operatività del
soccorso
istruttorio**

- il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara;
- l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, **ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni**;
- la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se **i citati elementi erano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta**;

**La
spiegazione/previsione
nella legge speciale
dell'operatività del
soccorso istruttorio**

la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), **entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta;**

la mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta (DIPENDE DALLA RILEVANZA), che hanno rilevanza in **fase esecutiva** (es. dichiarazione delle parti del servizio/fornitura ai sensi dell'art. 48, comma 4 del Codice) sono sanabili.

Soccorso
specificativo
..PREVISIONE
NELLA LEGGE
DI GARA

Ove il concorrente produca
dichiarazioni o documenti non
perfettamente coerenti con la
richiesta, la stazione appaltante
può chiedere ulteriori
precisazioni o chiarimenti,
fissando un termine perentorio
a pena di esclusione.

Clausola di
chiusura
..soccorso
specificativo

Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice è facoltà della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Art. 83 comma
9 del Codice –
il
procedimento

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.

N.B. il termine deve essere calibrato dal RUP...
possibile anticipazione sulla questione già
nella legge di gara ...

Il presidio del sub-procedimento

- La competenza viene radicata fin dalla legge 241/90
- Si tratta di una **competenza "disponibile"** quanto a istruttoria ma non sulla decisione finale
- Il RUP può avvalersi del seggio di gara
- Di collaboratori/ufficio di supporto/team
- Può condurre direttamente il procedimento amministrativo
- **Se si avvale di collaboratori ciò che non può fare è delegare la "decisione" finale quanto a responsabilità**
- **La questione del potere decisorio può essere disciplinata nel bando/lettera di invito**

La questione del potere decisorio

- L'adozione del provvedimento di esclusione
- Art. 6, 1 c. lett. e) legge 241/90
- Il responsabile del procedimento ...e) **adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione.** *L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.*

Schema di regolamento attuativo art. 5, comma 4

- 4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 31 del codice, da altre specifiche disposizioni del medesimo codice, e dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, tenuto conto dell'ordinamento dell'amministrazione aggiudicatrice, il RUP: (...)

La legge di gara deve specificare *chi fa che cosa...*

Le fasi e la competenza

- La competenza può essere definita in relazione alla **fase procedimentale (chi escute la documentazione)** :
- a) escussione della documentazione amministrativa richiesta : seggio di gara/ufficio di supporto/team/RUP;
- b) apertura offerta tecnica: Commissione di gara?
- **Il provvedimento di esclusione non può essere adottato dal presidente della commissione di gara. La competenza sul provvedimento è del RUP quale *dominus* dell'intera procedura di gara.**
- **In tali termini si è espresso il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del 12 febbraio 2020 n. 1104**
- c) apertura offerta economica

Soccorso
specificativo e
bando tipo
ANAC (n. 1)

- La fattispecie implicita
- La fattispecie codicistica
- *Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice **è facoltà** della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.*
- La fattispecie del soccorso integrativo

La fattispecie "semplice" Tar Puglia, Bari, sez. II, con la sentenza n. 835/2020

- il giudice rammenta che la fattispecie del soccorso in tema di appalti trova il suo fondamento nella norma generale sul procedimento amministrativo ovvero l'articolo 6, comma 1, lett. b) della legge 241/90.
- La fattispecie, semplificando, sostanzia l'esigenza di una necessaria collaborazione tra parti (privato/Pubblica Amministrazione) per assicurare l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa.

Nella procedura di gara deve ritenersi preclusa <<qualsiasi forma di integrazione documentale, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A., ma anche del principio della *par condicio* di tutti i concorrenti>>.

Tar Puglia, Bari, sez. II, la sentenza n. 835/2020

- Si impone, pertanto, al RUP la necessità di tenere distinti i concetti di <<regolarizzazione documentale e di integrazione documentale>>.
- La fattispecie integrativa deve essere intesa non come possibilità di introdurre nel procedimento amministrativo **documenti/atti nuovi e differenti rispetto a quelli già prodotti o dichiarati**. Il correlato ambito operativo – del soccorso istruttorio - in realtà, consente semplicemente di <<completare o chiarire dichiarazioni o documenti già presentati>>, **ma non anche di introdurre <<documenti nuovi, né tantomeno che la norma possa essere utilizzata per supplire alla violazione di adempimenti procedurali o all'omessa allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione>>**.

Tar Puglia, Bari, sez. II, la sentenza n. 835/2020

- Il soccorso, infatti, << è un istituto procedimentale non adottabile tutte le volte in cui si configurino in capo al partecipante obblighi di correttezza e oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti>>.

Si ravvisa, quindi, un principio di autoresponsabilità in capo ai concorrenti per cui, <<ciascuno di essi deve assumere le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione>>.

Indicazione dei
dettagli
dell'offerta –
aspetti
soggetti a
valutazione

- Solo soccorso
specificativo
- Mai soccorso
integrativo altera la *par
condicio*



LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI SOCCORSO ISTRUTTORIO – ANAC – MIT

Giurisprudenza sul termine

Tar Sicilia, Catania, sez. IV 16 febbraio 2018 n. 382 con cui si è chiarito che “Il carattere perentorio del termine del soccorso istruttorio previsto dall’art. 83, c.9, (...) non ammette rimedi e non è derogabile mediante la concessione dell’errore scusabile. Ne discende che l’introduzione di una deroga, mediante previsione di un termine ulteriore, importa la violazione del principio della *par condicio*, essendosi consentito ad alcuni dei concorrenti di integrare la produzione di atti o documenti dopo la scadenza dei termini fissati (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017 n. 5382)”

Parere n. 751/2018, l'ANAC

- La norma (art. 83, comma 9 del codice) conferma che l'appaltatore deve adempiere alle richieste entro un termine <<non superiore>> a 10 giorni.
- Secondo **l'ANAC tale termine non può essere interpretato in modo discrezionale in quanto costituisce un vincolo perentorio senza possibilità di proroghe o differimenti se non in presenza di specifiche ed oggettive ragioni che non siano imputabili al soggetto interessato.**

In particolare, nel parere si legge che <<la possibilità di concedere una proroga è riconosciuta nei casi di obiettiva impossibilità o **difficoltà dovute a cause "esterne", indipendenti dalla volontà del concorrente**>>.

Giurisprudenza

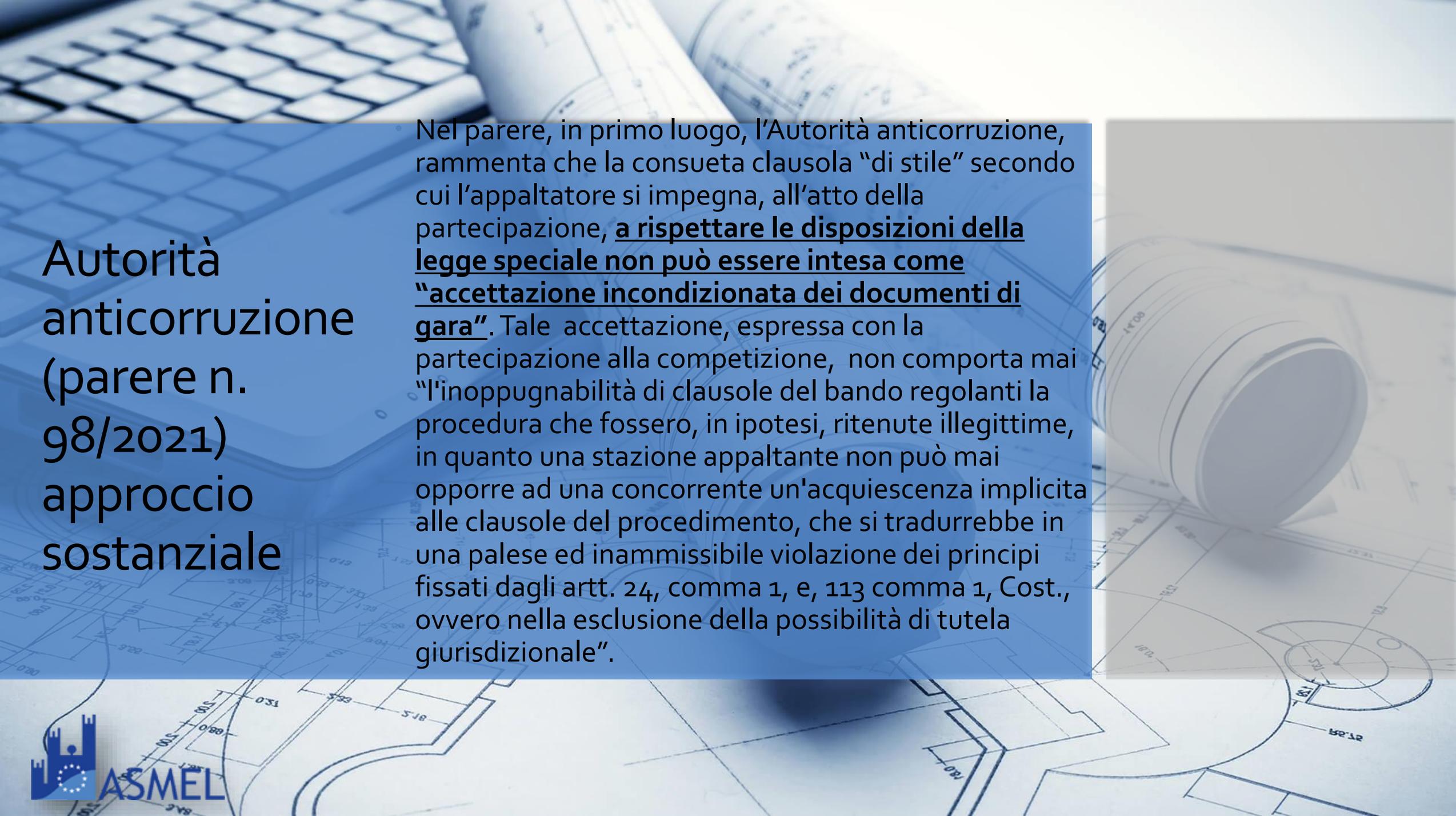
Tar Toscana, Firenze, sez. I, sentenza n. 1024/2018.

Secondo il giudice, la norma codicistica (art. 83, comma 9) non impone un termine perentorio disponendo che la stazione appaltante assegni <<almeno 10 giorni>>.

- E' compito del RUP, poi, adattare tale termine alle condizioni concrete e nel caso in esame i 10 giorni sarebbero scaduti in un giorno festivo determinando, pertanto, potenziali complicazioni all'appaltatore interessato. In tema di soccorso istruttorio integrativo (ex art. 83, comma 9 del Codice dei contratti) il legislatore **non ha stabilito un termine minimo per gli adempimenti richiesti all'appaltatore limitandosi a fissare un termine massimo (di 10 giorni) che deve essere adattato dal RUP sulla base della complessità delle integrazioni richieste**. In questi termini si esprime la sentenza del Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, n. 8/2020.

Valido anche
un termine
irrisorio se
"anticipato"
nella legge di
gara

Secondo il Consiglio di Stato, sentenza n. 1759/2021 (riforma primo grado), deve ritenersi legittimo l'operato della stazione appaltante che ha previsto un termine **perentorio per rispondere all'istanza del soccorso istruttorio "integrativo" (ex art. 83, comma 9 del Codice)** anche se questi termini siano caduti **"in giorni tipicamente dedicati alle ferie con chiusura generalizzata di uffici"** considerato che tale accadimento rappresenta **"una circostanza sfortunata, derivata dai tempi di gara che hanno condotto alla chiusura del procedimento in quei giorni"**.



Autorità anticorruzione (parere n. 98/2021) approccio sostanziale

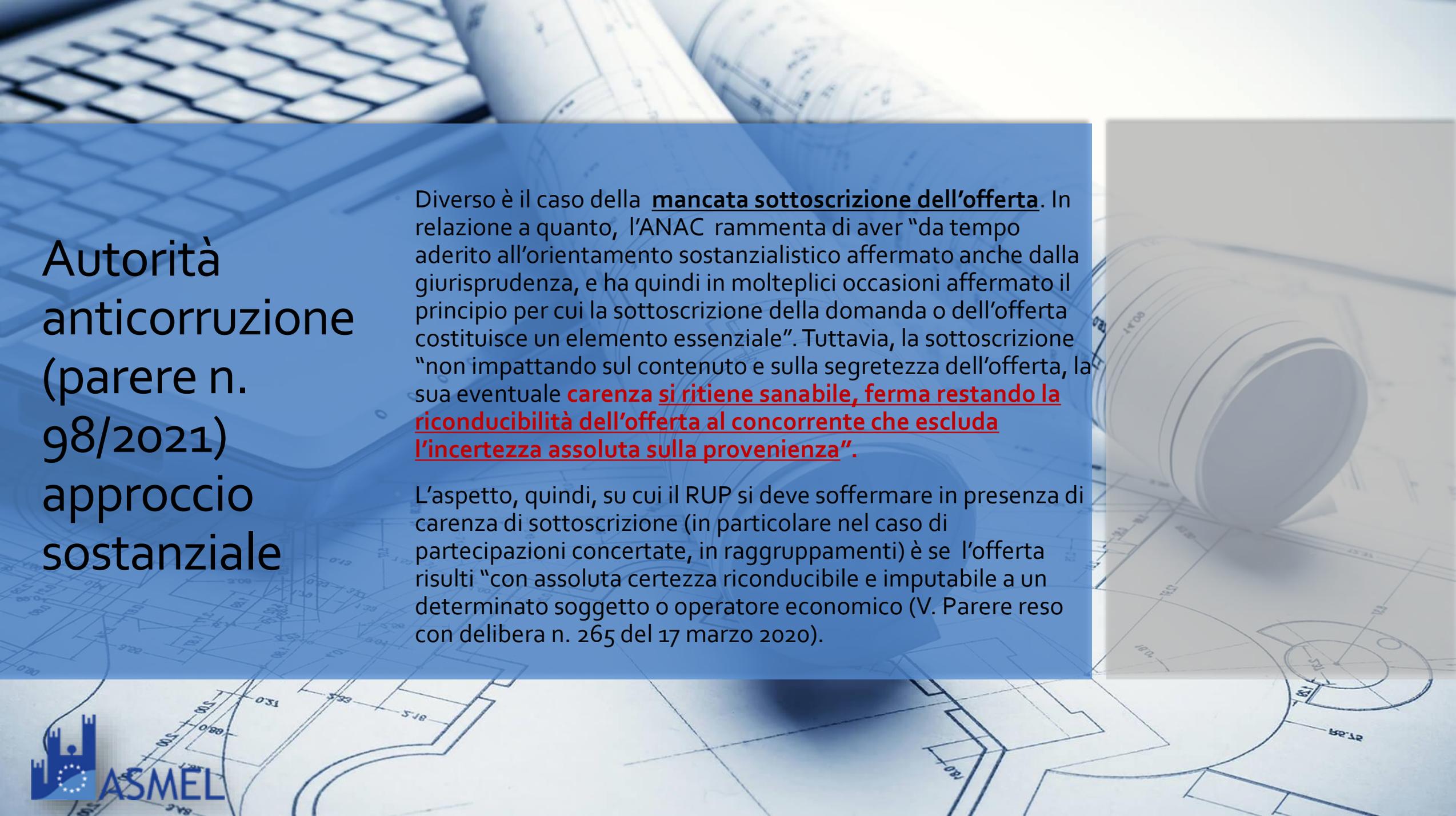
Nel parere, in primo luogo, l'Autorità anticorruzione, rammenta che la consueta clausola "di stile" secondo cui l'appaltatore si impegna, all'atto della partecipazione, **a rispettare le disposizioni della legge speciale non può essere intesa come "accettazione incondizionata dei documenti di gara"**. Tale accettazione, espressa con la partecipazione alla competizione, non comporta mai "l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale".



Autorità
anticorruzione
(parere n.
98/2021)
approccio
sostanziale

In relazione ai rapporti tra carenze della domanda e soccorso istruttorio integrativo, nel parere si sottonea che in linea di principio la possibilità di **una integrazione postuma della documentazione di gara** (successiva alla scadenza del termine di presentazione della domanda di gara) può riguardare solo le carenze formali e non anche quelle sostanziali, in particolare quelle afferenti l'offerta.

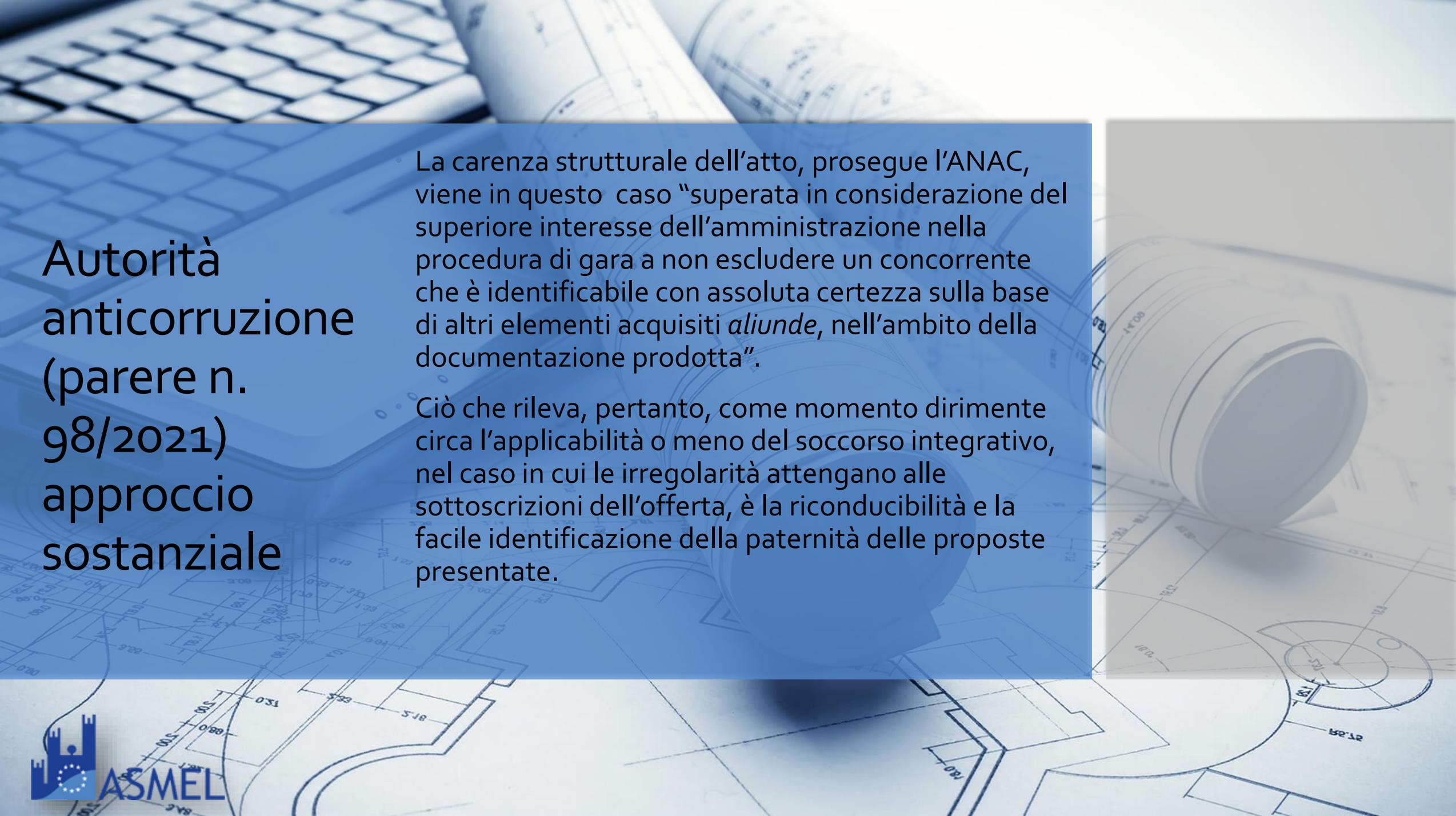
Pertanto se un documento viene ritenuto intimamente collegato con l'offerta, la sua eventuale carenza non può portare ad una correzione/integrazione postuma.



Autorità anticorruzione (parere n. 98/2021) approccio sostanziale

Diverso è il caso della **mancata sottoscrizione dell'offerta**. In relazione a quanto, l'ANAC rammenta di aver "da tempo aderito all'orientamento sostanzialistico affermato anche dalla giurisprudenza, e ha quindi in molteplici occasioni affermato il principio per cui la sottoscrizione della domanda o dell'offerta costituisce un elemento essenziale". Tuttavia, la sottoscrizione "non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale **carezza si ritiene sanabile, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza**".

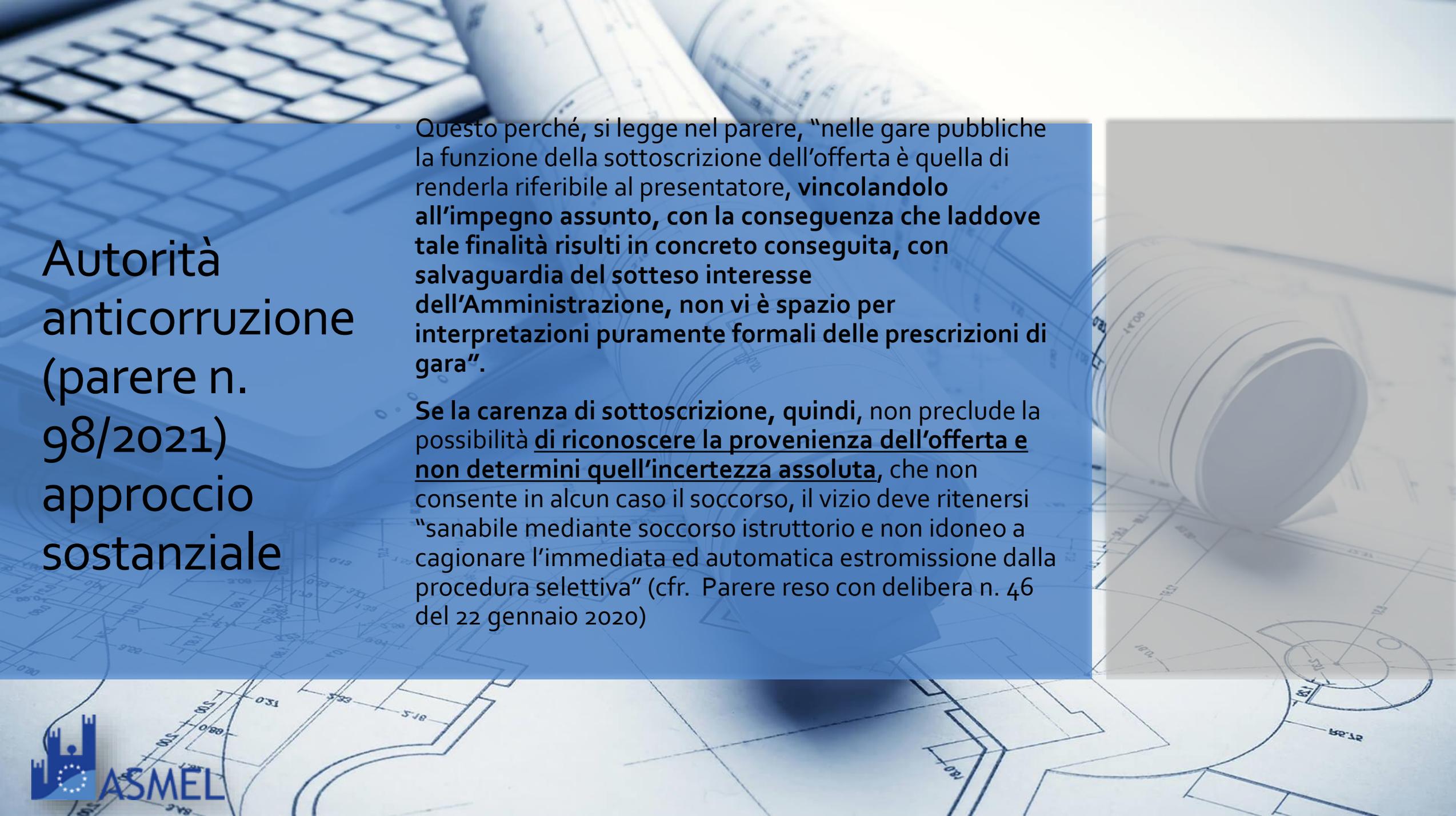
L'aspetto, quindi, su cui il RUP si deve soffermare in presenza di carezza di sottoscrizione (in particolare nel caso di partecipazioni concertate, in raggruppamenti) è se l'offerta risulti "con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (V. Parere reso con delibera n. 265 del 17 marzo 2020).



Autorità anticorruzione (parere n. 98/2021) approccio sostanziale

La carenza strutturale dell'atto, prosegue l'ANAC, viene in questo caso "superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti *aliunde*, nell'ambito della documentazione prodotta".

Ciò che rileva, pertanto, come momento dirimente circa l'applicabilità o meno del soccorso integrativo, nel caso in cui le irregolarità attengano alle sottoscrizioni dell'offerta, è la riconducibilità e la facile identificazione della paternità delle proposte presentate.



Autorità anticorruzione (parere n. 98/2021) approccio sostanziale

Questo perché, si legge nel parere, “nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione dell’offerta è quella di renderla riferibile al presentatore, **vincolandolo all’impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell’Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara**”.

Se la carenza di sottoscrizione, quindi, non preclude la possibilità di riconoscere la provenienza dell’offerta e non determini quell’incertezza assoluta, che non consente in alcun caso il soccorso, il vizio deve ritenersi “sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l’immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva” (cfr. Parere reso con delibera n. 46 del 22 gennaio 2020)

Tar Piemonte, sez. II, n. 91/2021

- Le mandanti, di un raggruppamento non costituito all'atto della partecipazione alla gara, sono tenute sottoscrivere l'offerta e l'eventuale difetto rientra tra quelle **carenze sostanziali afferenti la proposta tecnico/economica che non può essere sanata** neppure con il soccorso istruttorio integrativo (ex art. 83, comma 9 del Codice). E' questa la sintesi della sentenza del Tar Piemonte, sez. II, n. 91/2021.

Tar Lazio, Roma, sez. II, n. 10550/2020.

- La richiesta di soccorso istruttorio, soprattutto ora con la codificazione del dovere di reciproca collaborazione tra le parti (art. 1, co. 2-bis della legge 241/90) **ad opera della legge 120/2020, deve avvenire tramite PEC a pena di illegittimità del procedimento di gara.**
- In questo senso, la recente sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. II, n. 10550/2020.

La richiesta di soccorso non è stata trasmessa via PEC all'interessato ma tramite "caricamento" **"nella c.d. "Area Comunicazioni" della piattaforma telematica della gara"**. A quanto faceva seguito l'invio di "una mail ordinaria (c.d. di cortesia) all'indirizzo di posta elettronica ordinaria del concorrente", desunto dalla domanda partecipazione alla gara, con cui questi veniva informato della presenza della predetta richiesta nella c.d. "Area Comunicazioni".

Tar Calabria,
Catanzaro,
sez. I, con la
recente
sentenza del
22 febbraio
2019 n. 388.

In questo senso si è affermato che la produzione "postuma" del contratto di avalimento, qualora questo non sia stato prodotto in fase di presentazione della domanda e dei documenti di gara, deve ritenersi ammessa grazie all'applicazione del soccorso istruttorio integrativo (art. 83, comma 9 del codice) ma è necessario che risulti una data certa di stipula *ante* scadenza del termine per presentare l'offerta.

Con la conseguenza ovvia che non è possibile integrare la carenza producendo una scrittura privata "semplice" (non autenticata) se l'appaltatore non riesca a provare con certezza la data di sottoscrizione. In questo senso la sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. II - *quater* n. 8704/2017.

Bando tipo e avvalimento (ANAC)

- È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta.

La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento.

Contratto indeterminato non tollera il soccorso istruttorio

- Nel caso trattato viene in considerazione l'ipotesi di un contratto prodotto ma a contenuto indeterminato e quindi nullo che non poteva essere ammesso ad integrazione con il soccorso istruttorio integrativo.
- Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater* n. 4686/2021

TAR Toscana sez. II 2/2/2021 n. 196 specifiche tecniche

era onere di ciascun concorrente dimostrare, mediante una esaustiva scheda tecnica, mediante il referto dei test eseguiti e/o mediante il manuale d'istruzione (...), se del caso integrati da idonea autodichiarazione, il requisito dell'assenza di fibre di vetro, di formaldeide, di lattice e di nichel, requisito costituente una vera e propria specifica tecnica e come tale attinente direttamente all'offerta e alla sua conformità all'oggetto della procedura selettiva e quindi non suscettibile del rimedio del soccorso istruttorio (TAR Toscana, III, 13.11.2018, n. 1490).

DA DISTINGUERE IL CASO DELLA TOTALE CARENZA DAL CASO IN CUI I DOCUMENTI SONO STATI PRODOTTI MA NON SONO "CHIARI"

L'approvazione
implicita
dell'equivalenza
provata/dimo-
strata

- L'equivalenza dei prodotti offerti esige la "prova" da parte dell'offerente ed in ogni caso è rimessa ad una valutazione della stazione appaltante che può essere espressa anche implicitamente.
- Il ricorrente, comunque se vuole far annullare l'aggiudicazione deve fornire una dimostrazione concreta dell'inadeguatezza dell'offerta rispetto ai *desiderata* della stazione appaltante. E' questa in sintesi la statuizione del **Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sentenza del 26 aprile n. 421/2021.**

Tar Veneto, sez. I, sentenza del 6 aprile 2021 n. 441

**Piano di
riassorbimento del
personale**

- Se non si allega il piano di riassorbimento (clausola sociale) soccorso istruttorio ..in questo senso anche le linee guida ANAC n. 13)
- Tar Campania, Salerno, sez. II, sentenza n. 307/2021 (proposta contrattuale)
- Consiglio di Stato, sez. III, n. 3297/2021 (legittimità del punteggio premiale)

Contributo gara

- **Tar Calabria, n. I, n. 713/2021** non ha ritenuto valida – sulla stregua, occorre riconoscerlo, dell'orientamento dominante – , una correzione postuma (il versamento del contributo post termine per presentare le offerte)
- in passato, alla luce delle indicazioni generali comunitarie sul soccorso istruttorio, **opinione differente è stata espressa ad esempio dal Tar Lazio, Roma, sez. III-bis con la sentenza n. 11301/2017.**

Invarianza della soglia dopo la regolarizzazione

Consiglio di Stato sez. V, 2047/2021

- La giurisprudenza più recente è addivenuta ad un'interpretazione teleologica della norma, incentrata sullo scopo con essa perseguito dal legislatore, ravvisabile nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale, in cui il conseguimento dell'aggiudicazione è ottenibile non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117; V, 23 novembre 2020, n. 7332).

Invarianza della soglia dopo la regolarizzazione Consiglio di Stato sez. V, 2047/2021

Nell'ambito di questo indirizzo si è precisato, sul piano sistematico, che l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime, che sono oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette a contestare l'ammissione alla gara o l'esclusione dalla medesima di imprese, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata. In tale prospettiva è stato ritenuto, a maggiore ragione, che prima di disporre l'aggiudicazione sia consentito all'amministrazione aggiudicatrice di rivedere il proprio operato e così, ad esempio, di regolarizzare offerte affette da mere irregolarità non invalidanti e suscettibili dunque di essere sanate, avuto in questo caso riguardo al fatto che la norma in esame fa riferimento, oltre che alla "ammissione" ed "esclusione" delle offerte, anche alla "regolarizzazione" come sbarramento temporale oltre il quale non è possibile alcun mutamento della soglia di anomalia (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

Invarianza della soglia e soccorso istruttorio Tar Emilia- Romagna, Bologna, sez. I. n. 857/2020

Una volta effettuato il calcolo della media, ed individuata la soglia di anomalia, "qualsiasi successiva variazione, anche ove discendente da una pronuncia giurisdizionale, non giustifica il suo rifacimento"(Consiglio di Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257). In relazione al primo problema ovvero la dinamica della cristallizzazione nel caso in cui venga attivato il sub-procedimento del soccorso - considerati anche i vari approdi giurisprudenziale - il giudice conferma **che la cristallizzazione della soglia di anomalia è collegata alla fase di ammissione/regolarizzazione/esclusione dalla partecipazione, pertanto, deve ritenersi compresa anche la sub-fase del procedimento del soccorso.**

In sostanza, la cristallizzazione della soglia esige il completamento della fase di ammissione, che comprende anche l'eventuale sub-procedimento del soccorso istruttorio.

Invarianza della soglia e soccorso istruttorio Tar Emilia- Romagna, Bologna, sez. I. n. 857/2020

Più delicata la questione dei rapporti tra cristallizzazione della soglia nell'inversione procedimentale.

A tal proposito, già l'ANAC in sede di segnalazione al Governo sul testo del decreto legge n. 32/2019 "Sblocca Cantieri" e nell'audizione del 31 luglio 2020 al Decreto legge n. 76/2020 "Semplificazioni", ha sottolineato che "l'eventuale ricalcolo dell'anomalia una volta terminata la verifica della fase di ammissione e ad **offerte economiche già note**" potrebbe favorire "fenomeni di turbativa, con induzione del concorrente soccorso a non procedere alla regolarizzazione al fine di incidere nel calcolo della soglia".

Non solo, potrebbe anche favorire la promozione di controversie "meramente speculative da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria mossi dalla finalità di incidere sulla soglia di anomalia (Consiglio di Stato sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286)".

Invarianza della soglia e soccorso istruttorio Tar Emilia- Romagna, Bologna, sez. I. n. 857/2020

Da ciò consegue che nelle procedure di gara (ora anche nel sotto soglia per effetto della legge 120/2020) da aggiudicare al minor prezzo in cui si prevede l'inversione procedimentale "vale il principio dell'invarianza delle offerte (...) non ammettendosi dunque più modifiche alla soglia di anomalia una volta terminata la fase amministrativa di ammissione in senso stretto, senza inclusione della successiva fase di regolarizzazione ovvero dell'esito del sub procedimento di soccorso istruttorio".

MIT 863/2021

- Si rappresenta che, come chiarito anche della giurisprudenza (cfr. tra le altre Tar Emilia Romagna, n. 827/2020), il principio in esame trova applicazione anche alle procedure di gara in cui è utilizzata la c.d. “inversione procedimentale”. Ne consegue che secondo il combinato disposto di cui all’art. 95 c. 15 e 133 c. 8, d.lgs. 50, considerato che è terminata la fase di ammissione, troverà applicazione il principio dell’invarianza della soglia di anomalia.

Costi manodopera e oneri sicurezza (A.P. 11/2019)

- Se le disposizioni di gara **non consentono** agli offerenti di indicare i **costi della manodopera** e i **costi della sicurezza**, è consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.