

Soccorso istruttorio

Il principio del soccorso istruttorio è previsto in via generale dall'art. 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241 del 1990, e può operare solo in presenza di profili di incompletezza o di lacunosità della documentazione, sanabili proprio con l'attività, per così dire, di supplenza del responsabile del procedimento.

In base all'art. 6 della L. n. 241/1990 la regola del c.d. soccorso istruttorio deve ritenersi operante in relazione a tutte le tipologie di procedimento, non escluse quelle con caratteristiche selettive; l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale deve costituire l'eccezione e non la regola, in quanto l'art. 6 della predetta legge impone l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio.

Alcuni esempi:

Qualora la documentazione prodotta nell'ambito di una procedura sia presente, ma carente di taluni elementi formali - l'Amministrazione, può **richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto del documento già presente**, costituendo tale attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi*, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, e purchè sia rispettata la *par condicio* (TAR Milano Lombardia sez. I, 11 febbraio 2011 n. 449).

La Commissione di gara, alla luce del principio di massima partecipazione, deve favorire il **soccorso istruttorio**, invitando il partecipante a **chiarire e a documentare eventuali parti della documentazione presente ma non completa**, senza con ciò violare la *par condicio*, trattandosi solo di chiarimenti sugli originari requisiti o sulla documentazione **e non di modificazione postuma dell'offerta, inammissibile**.

L'esclusione dalla gara va disposta non già per il semplice fatto della mera incompletezza della dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti di moralità (fatto puramente formale), ma solamente nel caso in cui questi ultimi (id est: i requisiti) risultino effettivamente mancanti - principio informato a criteri di giustizia sostanziale.

Non appare, infatti, giusto né equo che un soggetto che possa dimostrare - eventualmente anche facendo ricorso agli strumenti procedurali di c.d. "soccorso istruttorio" previsti dall'ordinamento - di avere tutti i prescritti requisiti morali (oltre agli altri richiesti dal bando), e che abbia inteso dichiarare in buona fede di esserne in possesso, sia escluso da una procedura concorsuale per il solo e semplice fatto (formale) di aver errato (rectius: di aver

commesso un errore materiale, per omissione) nella esposizione delle sue affermazioni al riguardo (o per il semplice fatto di essersi discostato dalla pedissequa riproduzione del modello di dichiarazione prescritto nel bando). Ovvero che venga escluso dalla gara (nonostante il possesso di tutti i requisiti e nonostante la possibilità di ricorrere al meccanismo procedimentale del c.d. 'soccorso istruttorio') per il solo e semplice fatto di aver reso una dichiarazione che, pur se sostanzialmente 'omnicomprensiva' delle informazioni richieste dalla PA, sia stata espressa in forma sintetica (ma non per questo linguisticamente e sintatticamente meno completa) anziché in forma analitica. (**Cons. Stato Sez. III, 04/11/2015, n. 5041**).

Il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'auto-responsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione.

La linea di demarcazione tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale", deve desumersi dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte e, conseguentemente, l'integrazione si risolverebbe in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (**Cons. Stato Sez. III, 25/05/2016, n. 2219**).

Il dovere di soccorso istruttorio previsto all'art. 6, lett. b), l. n. 241 del 1990, e il generale favore per la partecipazione alle procedure concorsuali, trovano **un limite insuperabile** nell'esigenza di garantire la "par condicio" dei candidati. Il principio di par condicio è violato se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducono in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per

eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione (**Cons. Stato Sez. V, 05/12/2012, n. 6248**).

Soccorso istruttorio nelle procedure di concessione di finanziamenti pubblici

Interessante è la pronuncia del **T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 06/06/2016, n. 483** sull'incompletezza della domanda di ammissione ad un finanziamento pubblico, la quale, lungi dal consentire l'adozione di un provvedimento finale di non ammissione al finanziamento richiesto, costituisce, piuttosto, il presupposto per l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della Legge n. 241 del 1990. Tale disposizione infatti impone all'amministrazione di richiedere all'interessato non solo "la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete" ma eventualmente anche di "ordinare esibizioni documentali".

(Nel caso di specie, non si trattava di ordinare la presentazione di ulteriori documenti previsti dalla lex specialis della procedura ma di disporre una istruttoria integrativa che, di certo, non si poneva in contrasto con il principio della par condicio tra i partecipanti alle procedure amministrative di massa o, comunque, in cui siano interessati una pluralità indeterminata di soggetti, che la giurisprudenza prevalente individua quale limite estrinseco del dovere di soccorso istruttorio) (si veda, ex multis, Cons. St., V, 5 dicembre 2012, n. 6248).

Peraltro, la citata sentenza, ha aggiunto che la questione della attuale estensione del dovere di soccorso istruttorio dovrebbe essere probabilmente rimeditata alla luce della norma di cui all'art. 38, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006, che riduce notevolmente la portata del principio del rispetto della par condicio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici; il che, inevitabilmente, sembra riflettersi anche sull'estensione del medesimo limite nella generalità dei procedimenti e quindi, nella specie, sull'estensione del dovere di soccorso istruttorio.

Occorre ancora ricordare quanto segue.

L'impostazione ormai da tempo seguita dalla Sezione (si veda quanto affermato già nella sentenza n. 1537/2009) discende direttamente dalla applicazione di **due principi** tradizionalmente fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: **quello di proporzionalità** e **quello del dovere dell'Amministrazione di ascoltare i privati prima di assumere decisioni** (per i rapporti tra enti pubblici si rammenta che esiste un principio di leale collaborazione).

E' fuor di dubbio che l'esclusione da una procedura per questioni di carattere puramente formale determina un forte scostamento del provvedimento amministrativo rispetto al fine per cui la legge attribuisce il potere esercitato. Quando un partecipante a una procedura incorre in un errore o, in ogni caso, quando il contenuto di un documento non soddisfa appieno le necessità istruttorie dell'Amministrazione, **il principio generale è che questi aspetti devono essere oggetto di chiarimenti ed integrazioni**. Ciò in quanto quel soggetto potrebbe risultare in concreto il migliore per soddisfare le necessità per cui è stata avviata la procedura.

La combinazione del principio di proporzionalità con quello di leale collaborazione determinano che l'esclusione dalla procedura per motivi di carattere squisitamente formale deve costituire eccezione e non regola.

Nel caso esaminato, una volta ritenuta la domanda ammissibile la stessa deve essere inserita nella graduatoria secondo le originarie regole previste nel bando e non con una nuova e inesistente fattispecie di "ammissione in coda".

Esplicitazione dichiarazione

Sull'applicazione doverosa del principio del soccorso istruttorio è ormai pacifica la giurisprudenza : *“In merito all'applicazione dell'istituto del cosiddetto "soccorso istruttorio" nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, quando si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l'attività di integrazione non soltanto è consentita ma la stessa risulta dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla disciplina di gara. (riforma T.A.R. Veneto, Sezione I, n. 351/2013)” (Cons. Stato Sez. III, 22/10/2013, n. 5127).*

ARGOMENTO: ISTANZA DI PARTECIPAZIONE E DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE – FIRMA DEL LEGALE RAPPRESENTANTE – SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR Firenze del 16 settembre 2016 n. 1364

La pronuncia in esame riguarda il caso in cui l'istanza di partecipazione alla gara e il modello allegato (dichiarazione di assenza di cause ostative e carichi pendenti) recino la firma del legale rappresentante non in forma autografa (cioè non in originale) ma stampata. A tal riguardo la ricorrente lamenta che l'avviso di gara non contemplava la predetta irregolarità come causa di esclusione, deducendo che la nuova normativa in tema di contratti pubblici non

consente l'esclusione dalla gara nemmeno in caso di omessa sottoscrizione ed obietta che comunque l'istanza era sottoscritta e accompagnata da documento di identità del sottoscrittore.

La mancata sottoscrizione di un atto, che costituisce la domanda di partecipazione alla gara, da parte di un concorrente non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso; né possono essere assimilate alla sottoscrizione i timbri o la firma prestampata o fotocopiata, giacché la sottoscrizione autografa è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà.

Ne consegue che l'apposizione della firma deve avvenire esclusivamente in originale in calce ovvero in chiusura del documento, come volontà di adesione a quanto precede. Deve trattarsi di firma autografa, e non fotocopiata o prestampata, in quanto solo la diretta apposizione da parte del dichiarante può valere a ricondurre il contenuto del documento a lui. Non rileva l'allegazione del documento di identità, che funge da strumento sostitutivo dell'autenticazione di una sottoscrizione effettiva, e non impressa a stampa o fotocopiata.

Tale irregolarità, in definitiva, non consente l'individuazione del soggetto responsabile, in quanto non è riconoscibile l'effettivo autore dell'apposizione di una firma a stampa in calce al documento. Nel caso di specie, peraltro, il documento irregolarmente sottoscritto è strettamente collegato all'offerta, avendo come contenuto la domanda di partecipazione alla procedura selettiva, ed attiene quindi alla paternità dell'offerta stessa, rispetto alla quale l'esclusione dalla possibilità di soccorso istruttorio è statuita dall'art. 83, comma 9 secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.

La partecipazione ad una procedura selettiva per mezzo di una domanda inoltrata in fotocopia è inficiata da irregolarità radicale e non rimediabile per mezzo del soccorso istruttorio trattandosi di deficit che autorizza a dubitare di trovarsi al cospetto di una dichiarazione di partecipazione ad una procedura selettiva della sua autenticità (art. 6 L. 7 agosto 1990 n. 241) (Riforma della sentenza del T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 settembre 2015, n. 1373) (**Cons. Stato Sez. IV, 24/08/2016, n. 3685**).

Falsa dichiarazione condanne penali

La falsa dichiarazione e cioè la mancata menzione delle condanne riportate, trova la sua sanzione tipica nell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 sull'autocertificazione, ove è per l'appunto previsto che, qualora in sede di controllo da parte della P.A. della dichiarazione resa, emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici

eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

Alla stregua di un recente orientamento giurisprudenziale affermatosi in materia di appalti pubblici, però, occorre verificare se la falsa dichiarazione integri o meno un'ipotesi di "**falso innocuo**", cioè la **falsa dichiarazione su fatti e circostanze irrilevanti ai fini della assegnazione della gara**, come tale inidonea ad incidere sull'esito della procedura di evidenza pubblica.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, di derivazione penalistica, in casi di false dichiarazioni occorre effettuare una valutazione sostanzialistica in ordine alla sussistenza delle cause ostative all'ammissione.

*“Alla stregua di diffuse ricostruzioni in ordine al c.d. falso innocuo deve, in tesi generale, **ritenersi irrilevante** la dichiarazione mendace resa nel contesto di procedure evidenziali le quante volte la stessa si riveli (alla luce di un apprezzamento ex ante ed in concreto) obiettivamente inidoneo a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti e cioè quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo antigiusuridico, nel senso che l'infedele attestazione o la compiuta alterazione appaiano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e, pertanto, inidonee al conseguimento delle finalità che con l'atto falso si intendevano raggiungere”* (T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 29/04/2011, n. 810).

In senso conforme a tale soluzione milita, peraltro, anche l'art. 45, Direttiva n. 2004/18/CE, il quale ricollega l'esclusione di un concorrente alle sole ipotesi di grave colpevolezza in ordine ad eventuali false dichiarazioni nel fornire informazioni.

Il legislatore comunitario e quello nazionale, in relazione agli appalti pubblici, hanno dunque rimesso alle stazioni appaltanti il potere di accertare discrezionalmente la sussistenza e la gravità dell'inadempimento imputabile all'impresa concorrente.

La gravità della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale. L'esclusione dalla gara non ha quindi, in tal caso, carattere sanzionatorio, ma è viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico.

Altro elemento di valutazione è la previsione, da parte della "lex specialis" di **puntuali prescrizioni** sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire.

Sul punto la giurisprudenza ha statuito che: *“Nell'ambito dei rapporti amministrativi la valutazione del carattere innocuo del falso deve essere compiuta "ex ante", con la conseguenza che non può essere considerato innocuo il falso potenzialmente in grado di incidere sulle determinazioni dell'Amministrazione. Peraltro, qualora la lex specialis di una gara pubblica di appalto richieda all'impresa **informazioni puntuali che non lasciano spazio a valutazioni in ordine alla rilevanza o meno di determinate informazioni** la loro omissione costituisce una legittima causa di esclusione”* (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 01/03/2011, n. 599).

E pertanto, nelle ipotesi in cui il bando sia preciso e non si limiti a chiedere una dichiarazione generica, ma specifichi che vanno dichiarate espressamente le condanne penali relative a **reati preventivamente individuati**, all'evidenza sta a dimostrare che **l'Amministrazione ha già effettuato ex ante la valutazione di gravità dell'illecito, ai fini dell' esclusione.**

Completamento modelli

In tal senso, si è riconosciuto che se non può essere concesso al candidato di presentare *ex post*, dopo la scadenza del termine per l'inoltro della domanda, un documento che non abbia allegato alla stessa nel termine perentorio per la sua presentazione, **lo stesso può essere ammesso a completare i modelli che abbia presentato omettendo alcuna delle dichiarazioni ivi contenute** (cfr. T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 09/05/2013, n. 745).

Mancata sottoscrizione pagine interne

E' pacifico che, in caso di documento composto da più pagine, *"la mancata sottoscrizione di ogni pagina di ciascun documento, in presenza, peraltro della firma regolarmente apposta in calce allo stesso, non toglie efficacia al documento medesimo nella sua interezza e non è atta a generare dubbi sulla provenienza di esso; pertanto, ingiustificato si presenta il comportamento della commissione di gara che con l'interpretazione restrittiva delle disposizioni del bando di gara ha violato i principi di buon andamento e di ragionevolezza dell'azione amministrativa, costituzionalmente garantiti, e di massima partecipazione alle gare d'appalto nell'interesse della p.a. a che l'aggiudicazione dell'appalto avvenga a favore della impresa che ha fornito la migliore offerta, anche in considerazione del fatto che, in presenza di dubbi o incertezze, avrebbe potuto farsi ricorso alla richiesta di integrazione*

documentale e non certo alla esclusione dei concorrenti".(T.A.R. Piemonte Torino 30.3.2009 n. 837 -T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. I, 19 maggio 2003, n. 815).

Ed ancora :"La mancata sottoscrizione di alcune pagine di una voluminosa offerta tecnica da parte del legale rappresentante di una società concorrente in una gara d'appalto sotto forma di Ati non incrina la certezza della provenienza della documentazione e non lede gli interessi dell'amministrazione; cosicché appare legittima la mancata esclusione del predetto raggruppamento non già facendo ricorso ad un'interpretazione funzionale del bando, quanto piuttosto invocando il generale principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa, che si traduce nell'adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa rispetto allo scopo perseguito".(T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 19 gennaio 2005, n. 390).

Siffatta interpretazione è stata ribadita in altro caso analogo recentemente deliberato dal Consiglio di Stato, secondo cui: *“La mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica non può costituire motivo di esclusione dalla gara di appalto e la clausola del disciplinare che la prevede risulta invalida per contrarietà con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006, e il principio del soccorso istruttorio sancito dal primo comma del medesimo art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (riforma T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II-quater, 25 febbraio 2013, n. 2054)”* (Sez. VI, 18/09/2013, n. 4663).