

# SOCCORSO ISTRUTTORIO

---

NEGLI APPALTI  
PUBBLICI

di Rosamaria Berloco



 **PRONTO  
GRAFILL** 

Clicca e richiedi di essere contattato  
per **informazioni e promozioni**

 **GRAFILL**

Rosamaria Berloco

## SOCCORSO ISTRUTTORIO NEGLI APPALTI PUBBLICI

Ed. I (04-2021)

ISBN 13 978-88-277-0243-7

EAN 9 788827 702437

Collana **COME FARE PER** (56)



Licenza d'uso da leggere attentamente  
prima di attivare la WebApp o il Software incluso

Usa un QR Code Reader  
oppure collegati al link <https://grafill.it/licenza>

© **GRAFILL S.r.l.** Via Principe di Palagonia, 87/91 – 90145 Palermo  
Telefono 091/6823069 – Fax 091/6823313 – Internet <http://www.grafill.it> – E-Mail [grafill@grafill.it](mailto:grafill@grafill.it)

**CONTATTI  
IMMEDIATI**



**ProntoGRAFILL**  
Tel. 091 6823069



**Chiamami**  
[chiamami.grafill.it](http://chiamami.grafill.it)



**Whatsapp**  
[grafill.it/whatsapp](https://grafill.it/whatsapp)



**Messenger**  
[grafill.it/messenger](https://grafill.it/messenger)



**Telegram**  
[grafill.it/telegram](https://grafill.it/telegram)

Finito di stampare presso **Tipografia Publistampa s.n.c. – Palermo**

Edizione destinata in via prioritaria ad essere ceduta nell'ambito di rapporti associativi.

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.



**PRONTO  
GRAFILL**



**CLICCA per maggiori informazioni  
... e per te uno SCONTO SPECIALE**

# SOMMARIO

## PREFAZIONE

di Umberto Realfonzo ..... p. 7

**PREMESSA** ..... " 9

**PRIMA PARTE / FORMA**..... " 11

**1. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO**..... " 13

1.1. Una gara "a ostacoli" ..... " 13

1.2. Gli albori del soccorso istruttorio,  
dal principio alla norma ..... " 15

1.3. La disciplina del soccorso istruttorio  
nel codice del 2006 ..... " 18

1.4. Il decreto Sviluppo del 2011  
e il principio di tassatività delle cause di esclusione..... " 22

1.5. L'intervento del Consiglio di Stato  
in Adunanza Plenaria del 2014..... " 26

1.6. Il d.l. 90/2014 e la posizione dell'ANAC:  
una nuova fisionomia del soccorso istruttorio..... " 28

1.6.1. Segue: il soccorso istruttorio a pagamento ..... " 33

**2. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: CROCE E DELIZIA**..... " 39

2.1. Nuova linfa per il soccorso istruttorio:  
dalle Direttive europee del 2014  
al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50..... " 39

2.2. Il soccorso istruttorio  
nell'attuale codice dei contratti pubblici ..... " 42

2.2.1. La breve parabola del soccorso istruttorio  
a pagamento nel codice 2016 ..... " 44

2.3. Ambito di applicazione del nuovo soccorso istruttorio  
e il principio di tassatività delle clausole di esclusione..... " 46

2.4. La procedura del soccorso istruttorio: modalità e tempi..... " 51

<b>2.5.</b> La fase del controllo documentale e l'attivazione del soccorso istruttorio. Cenni al soccorso istruttorio processuale .....	p.	53
<b>SECONDA PARTE / SOSTANZA</b> .....	"	65
<b>1. PARTECIPAZIONE E CONTENUTO DELLA "BUSTA A"</b> .....	"	67
<b>1.1.</b> Facciamo il punto sulla comunicazione .....	"	67
<b>1.2.</b> Domanda di partecipazione: dichiarazioni in merito alla forma di partecipazione .....	"	76
<b>1.3.</b> Documento di identità e procura.....	"	86
<b>1.4.</b> Corretto caricamento dei certificati dichiarati: mancata produzione del PassOE e del pagamento del contributo ANAC.....	"	91
<b>1.5.</b> Garanzia provvisoria .....	"	97
<b>1.6.</b> Certificati di qualità, SOA e sopralluogo .....	"	101
<b>2. DGUE E POSSESSO DEI REQUISITI</b> .....	"	108
<b>2.1.</b> DGUE.....	"	108
<b>2.2.</b> Dichiarazioni in merito all'articolo 80, d.lgs. 50/2016.....	"	113
<b>2.3.</b> Avalimento .....	"	117
<b>2.4.</b> Subappalto .....	"	123
<b>2.5.</b> Terna dei subappaltatori (che viene e che va).....	"	129
<b>3. OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA</b> .....	"	133
<b>3.1.</b> Sottoscrizione delle offerte e principio della paternità dell'atto tra gare telematiche e gare cartacee .....	"	133
<b>3.2.</b> Firma digitale e problema della certezza della provenienza .....	"	135
<b>3.3.</b> Carenza dell'offerta tecnica .....	"	143
<b>3.4.</b> Sanabilità dell'offerta economica.....	"	149
<b>3.5.</b> Costi della manodopera e oneri di sicurezza: wrestling tra giudici.....	"	158
<b>3.5.1.</b> Attualità della questione.....	"	163
<b>CONCLUSIONI</b> .....	"	165
<b>CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP</b> .....	"	166
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	"	167

PRIMA PARTE

# FORMA

## IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

### 1.1. Una gara “a ostacoli”

La forma non può prescindere dalla sostanza, la sostanza non può prescindere dalla forma, per la stessa ragione, prima di passare alla “sostanza” dei casi pratici presenti in questo elaborato dobbiamo partire dalla “forma”.

C'è una linea sottile che unisce l'istituto del soccorso istruttorio agli importanti quanto noti principi di buona fede, leale collaborazione e buon andamento della Pubblica amministrazione<sup>1</sup>. Quella stessa linea che, a sua volta, li unisce, in generale, all'azione dell'Amministrazione in tutti i procedimenti amministrativi.

Se si guarda a una gara di appalto come a un procedimento amministrativo (quale effettivamente è), sarà naturale associare alla prima i medesimi principi e le medesime esigenze del secondo.

Chi non ricorda la legge del 7 agosto 1990, n. 241<sup>2</sup>? Quella legge che, disciplinando il procedimento amministrativo, individua i pilastri dell'azione amministrativa nei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza? Ecco, proprio questa legge, specificamente all'articolo 6, elenca i compiti del Responsabile del procedimento amministrativo, indicando, tra questi, quello di richiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete esperendo accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinando esibizioni documentali.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario caratterizza il soccorso istruttorio procedimentale in termini di doverosità. Doverosità che appare giustificata dall'applicazione dell'articolo 3 della l. 241/1990, ossia del principio del giusto procedimento «che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge»<sup>3</sup>. Trasferendo questo compito nelle procedure di gara, si ottiene l'essenza stessa dell'istituto qui trattato: consentire agli operatori economici di completare o chiarire

<sup>1</sup> F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020, secondo cui «Un'importante applicazione del principio, poi, è quello del soccorso istruttorio. Il principio, infatti, tutela anche e soprattutto la buona fede e l'affidamento del privato attraverso, appunto, la collaborazione dell'Amministrazione al compiuto svolgimento dell'istruttoria nel corso del procedimento. L'unico limite al suo funzionamento è costituito dalla presenza di dichiarazioni false o reticenti (che valgono infatti a frantumare il rapporto di fiducia)».

<sup>2</sup> Recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 192 del 18 agosto 1990.

<sup>3</sup> Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

i documenti prodotti in fase di partecipazione. La necessità di produrre documenti attestanti il possesso di requisiti inderogabili di moralità rappresenta un principio di carattere generale, espressione di un principio di ordine pubblico economico che richiede che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia affidabile<sup>4</sup>.

La possibilità di regolare o integrare i documenti è soggetta a precisi limiti previsti dalla legge. Legge, in questo caso di settore, che disciplina il diritto dei contratti pubblici. In effetti, il soccorso istruttorio disciplinato dall'attuale codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50<sup>5</sup>, all'articolo 83 può considerarsi figlio del meccanismo partecipativo previsto dalla l. 241/1990.

Quello che si tenta di evidenziare è proprio quella linea sottile, quel filo conduttore che ritroviamo ovunque nell'azione amministrativa, il meraviglioso articolo 97 della Costituzione che tutto regge e sovrasta: buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione.

Ogni strumento amministrativo, ogni atto o provvedimento è teso a questo più alto fine, a questa garanzia che la società civile pretende e alla quale non può rinunciare. Se questa trama è chiara, di conseguenza il resto diventa un gioco di bilanciamento di esigenze contrapposte, un compromesso tra sostanza e forma, un equilibrio (precaro) tra parità di trattamento e soccorso dell'operatore.

E quale bilanciamento è più emblematico se non proprio quello che si opera quando si attiva il soccorso istruttorio? Da un lato, l'opportunità di andare incontro all'operatore magari un po' distratto, anche solo incolpevolmente, dall'altro la necessità di non violare la parità di trattamento dei concorrenti della gara, favorendo indirettamente l'operatore al quale sia consentito di fatto di integrare la sua documentazione in un momento successivo alla presentazione della domanda di partecipazione.

L'introduzione del soccorso istruttorio nell'ambito dell'evidenza pubblica, teso a favorire gli operatori economici incorsi in errori nella formulazione della domanda di partecipazione a una procedura di gara, ha subito un'evoluzione costante che lo ha portato sino alla sua attuale collocazione nel d.lgs. 50/2016.

In particolare, nell'intervallo di tempo intercorso tra l'adozione del codice De Lise (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163<sup>6</sup>) e l'entrata in vigore del nuovo, due sono i momenti salienti che ne hanno forgiato la portata: l'introduzione nel 2011 del principio di tassatività delle cause di esclusione e la nuova fisionomia dell'istituto partecipativo assunta a seguito del correttivo al codice avutosi nel 2014.

Nonostante si tratti di questioni oramai superate con l'attuale d.lgs. 50/2016, è bene conoscere i tratti essenziali delle riforme intercorse nel tempo, stante il loro contributo nello stilare principi e canoni cogenti.

<sup>4</sup> Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725.

<sup>5</sup> Recante «Codice dei contratti pubblici», pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2016.

<sup>6</sup> Recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 100 del 2 maggio 2006 e abrogato dall'articolo 217 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

## 1.2. Gli albori del soccorso istruttorio, dal principio alla norma

L'istituto del soccorso istruttorio entra in scena nel nostro ordinamento con la Direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971, n. 71/305/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e che fu recepita nel nostro Paese negli anni '90<sup>7</sup>.

In particolare, l'articolo 27 della menzionata Direttiva riconosceva all'Amministrazione, entro certi limiti, la facoltà di «*invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli*».

Il concorrente di una procedura a evidenza pubblica aveva, dunque, la possibilità di regolarizzare le offerte non conformi alla *lex specialis* di gara, a condizione che non fosse alterata la *par condicio* e il buon andamento della procedura. Proprio questi ultimi due principi hanno posto sin da subito un problema di bilanciamento tra opposte esigenze. Se da un lato, infatti, l'istituto venne accolto con favore dalla giurisprudenza che lo definì come la «*positivizzazione di un modus procedendi ordinario, per cui la sostanza prevale sulla forma*»<sup>8</sup>, dall'altro si accese ben presto il dibattito sul contenuto e sui limiti di questa modalità operativa.

Prevalse, inizialmente, un'interpretazione piuttosto restrittiva della sua portata, proprio per il timore che ne derivassero discriminazioni tra i concorrenti o che fosse disatteso il divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando.

### Sulla interpretazione restrittiva

Al riguardo, è interessante richiamare la pronuncia del **Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862**.

Nei fatti, il legale rappresentante in carica di una delle imprese costituenti il consorzio aggiudicatario aveva omesso di dichiarare le ragioni della mancata acquisizione e produzione della dichiarazione dei legali rappresentanti della società precedentemente cessati dalla carica, limitandosi ad affermare di non essere a conoscenza della sussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione a carico dei legali rappresentanti cessati dalla carica nel triennio antecedente.

Il TAR, in prima battuta, aveva affermato che, ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38, commi 1 e 2, lettera c), d.lgs. 163/2006, da parte dei legali rappresentanti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione della gara, è ammissibile che il legale rappresentante in carica

<sup>7</sup> Si tratta del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, il cui articolo 21, comma 3, permetteva alle stazioni appaltanti di «*invitare i concorrenti a completare o a chiarire la documentazione e le dichiarazioni presentate a riprova della sussistenza dei requisiti previsti dal presente titolo*». Anche il d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, all'articolo 15 prevedeva la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di invitare, entro certi limiti e se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati. Di analogo tenore anche il successivo articolo 16 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157.

<sup>8</sup> TAR Puglia, Sez. II, 10 maggio 1996, n. 253.



## IL SOCCORSO ISTRUTTORIO: CROCE E DELIZIA

### 2.1. Nuova linfa per il soccorso istruttorio: dalle Direttive europee del 2014 al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Nell'anno in cui si è assistito alla totale riscrittura dell'istituto del soccorso istruttorio, sul piano sovranazionale il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno dato vita ad un pacchetto di riforme in materia<sup>1</sup>.

L'approccio eurocomunitario ai contratti pubblici depone nell'ottica di regolare la loro disciplina garantendo un'adeguata tutela della concorrenza e del mercato, cercando di abbattere le barriere nazionali. Pregnante è altresì la prospettiva dell'uso dei contratti pubblici finalizzati ad una corretta allocazione delle risorse comunitarie e ad una crescita sostenibile, mediante strumenti di semplificazione e flessibilità<sup>2</sup>. Un simile approccio, unito all'esigenza di armonizzare la disciplina del *public procurement* e di tracciare una vera e propria dimensione europea del mercato degli appalti pubblici hanno connotato la forza rivoluzionaria delle Direttive del 2014.

Queste ultime, infatti, hanno introdotto un'articolata disciplina anche al fine di rendere strategico l'uso degli appalti e perseguire finalità «*di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela dell'ambiente, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei lavoratori svantaggiati*»<sup>3</sup>.

Emblematico in tal senso è il Considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE che riconosce il ruolo fondamentale del mercato degli appalti pubblici nella realizzazione di una «*crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici*».

Rispetto alle Direttive del 2004, nel Considerando n. 2 citato è evidente l'attenzione che il legislatore rivolge alle piccole e medie imprese (PMI), permettendo ai committenti di ottimizzare l'uso delle risorse economiche, sostenendo così il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale.

<sup>1</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

<sup>2</sup> Cons. St., Parere 1 aprile 2016, n. 855.

<sup>3</sup> Cons. St., Parere n. 855/2016.

È in tale ottica che sembra approcciarsi la normativa europea del soccorso istruttorio, che ha dunque rafforzato il legame tra l'istituto e il principio del *favor participationis*, perseguendo obiettivi ulteriori rispetto alla sola concorrenza. Si assiste infatti ad una nuova visione del concetto di concorsualità, intesa come necessità di una effettiva competizione tra i soggetti che operano in un determinato mercato, il cui accesso non è condizionato da barriere consistenti nel mero formalismo degli atti di gara<sup>4</sup>.

Il soccorso istruttorio, così come declinato in chiave europea dalle nuove Direttive, non costituisce solo un istituto a favore dell'operatore economico, giacché lo stesso va visto anche come un ausilio per le stazioni appaltanti. In tal senso sembra deporre il Considerando n. 84 della Direttiva 2014/24/UE, laddove si qualifica la facoltà della stazione appaltante di richiedere documenti e informazioni complementari come una misura funzionale a garantire il buon andamento dell'intera procedura di evidenza pubblica. Anche le norme più pratiche dedicate al soccorso istruttorio sembrano deporre in tal senso.

Con una dicitura più ampia e dettagliata del previgente articolo 51 della Direttiva 2004/18/CE, infatti, l'articolo 56, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24/UE, includendo l'istituto tra i principi generali in tema di selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti, ha previsto che *«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»*<sup>5</sup>. Accanto ad esso, l'articolo 59, comma 4, precisa che *«l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a 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»*.

Le Direttive tendono dunque a specificare non solo l'ampiezza del potere demandato alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere agli operatori economici di integrare o regolarizzare la propria documentazione, ma forniscono alcuni importanti indirizzi strutturanti il sub-procedimento in questione: da un lato, infatti, l'articolo 59, comma 4, specifica che il soccorso istruttorio sarebbe attivabile *«in qualsiasi momento nel corso della procedura»*; dall'altro emerge con chiarezza come nessuna

<sup>4</sup> E. Frediani, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, op. cit.

<sup>5</sup> AA.VV., *L'attuazione della "legge obiettivo". Nota di sintesi e focus tematici*, 9° Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione, 157, 2015 ove si legge che *«Nella prospettiva delle semplificazioni delle procedure si prevede altresì: – il crescente utilizzo delle autodichiarazioni attraverso l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE) [articolo 59]; – una nuova disciplina del cosiddetto "soccorso istruttorio" attraverso la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza [articolo 56, paragrafo 3]»*.

disposizione di matrice europea subordini il procedimento di integrazione o regolarizzazione della documentazione al pagamento di una somma, o comunque di un corrispettivo economico.

La portata innovativa delle Direttive europee del 2014 è stata raccolta dal legislatore italiano, dando vita, attraverso il loro recepimento nel nostro ordinamento, ad una nuova legislazione per i contratti pubblici più coerente con gli obiettivi e i principi tracciati a livello europeo. Tale intento si è tradotto nell'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, che ha visto la luce il 18 aprile 2016, esattamente dieci anni dopo la prima codificazione.

Con esso anche il soccorso istruttorio ha trovato una nuova collocazione che corrisponde di fatto a una mutata modalità applicativa e che regala allo stesso una vera e propria "dignità di istituto". Tanto si evince già dalla semplice lettura dell'articolo 83 del d.lgs. 50/2016, giacché la norma è rubricata «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*».

Per la prima volta, dunque, la dicitura "soccorso istruttorio" viene menzionata nella rubrica della disposizione normativa. Come si ricorderà, il codice previgente si limitava a distribuirne la disciplina in due articoli rubricati in maniera diversa: la lettura del combinato disposto dei due articoli forniva la disciplina dell'istituto che però curiosamente non veniva mai nominato come tale<sup>6</sup>.

Una volta insignito del titolo e reso autonomo nel suo comma di riferimento<sup>7</sup>, anche dal punto di vista sostanziale l'istituto assume una veste nuova rispetto al passato.

Un parametro di riferimento decisivo per cogliere il nuovo volto del soccorso istruttorio è fornito dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11<sup>8</sup>. Oltre alla riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei partecipanti alle gare, e alla semplificazione della fase di verifica del possesso dei requisiti, specie quelli di qualificazione, la delega accordava ai concorrenti la «*piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda*» purché «*non attenga agli elementi oggetto di valutazione sul merito dell'offerta*»<sup>9</sup>.

Accanto a ciò, la l. delega 11/2016 aveva previsto il c.d. "divieto di *gold plating*", ossia il divieto di introdurre o di mantenere maggiori oneri o costi, rispetto a quelli richiesti

<sup>6</sup> La disciplina del soccorso istruttorio nel d.lgs. 163/2006 poteva essere ricostruita facendo riferimento all'articolo 38, rubricato «*Requisiti di ordine generale*» e all'articolo 46 «*Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*».

<sup>7</sup> Il Parere Cons. St., n. 855/2016, aveva criticato la formulazione dell'articolo 83, ritenuto dal «*contenuto alquanto eterogeneo, comprendendo, nel proprio ambito, regole riguardanti aspetti diversi della procedura*». Più precisamente, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che «*considerando l'incidenza della disciplina sul corretto svolgimento della procedura, mediante un equilibrato bilanciamento tra i principi di massima partecipazione, semplificazione, par condicio e tutela della concorrenza, si suggerisce di dedicare all'istituto un apposito articolo, che descriva in modo più puntuale, fra l'altro, l'ambito oggettivo del soccorso istruttorio e il suo svolgimento procedimentale*».

<sup>8</sup> L. 28 gennaio 2016, n. 11, Deleghe al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

<sup>9</sup> Articolo 1, comma 1, lettera z), l. delega 11/2016.

SECONDA PARTE  
**SOSTANZA**



**PRONTO  
GRAFILL**

**CLICCA per maggiori informazioni  
... e per te uno SCONTO SPECIALE**

# PARTECIPAZIONE E CONTENUTO DELLA “BUSTA A”

## 1.1. Facciamo il punto sulla comunicazione

Dopo aver ripercorso la nascita e l'evoluzione dell'istituto del soccorso istruttorio, possiamo ora alla “sostanza”, ossia ad analizzare come tale istituto operativamente viene attivato nell'ambito di una procedura di gara.

Il primo effetto generato dall'attivazione del predetto istituto riguarda la disciplina del *rating* di impresa<sup>1</sup> giacché l'articolo 83, comma 10, codice specifica che «*l requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio [...]»*<sup>2</sup>.

Con l'apertura delle buste amministrative, nella fase di analisi del contenuto delle stesse, la stazione appaltante verbalizza le mancanze formali o l'eventuale necessità di integrazioni da parte dei concorrenti. A questo punto, le lettere di soccorso istruttorio vengono predisposte e inviate tramite i portali telematici utilizzati dalle stazioni appaltanti per l'espletamento delle gare o tramite PEC.

<sup>1</sup> Il *rating* di impresa (diversamente dal *rating* di legalità, che riguarda i comportamenti aziendali valutati positivamente dall'AGCM) è un indice di misurazione della reputazione degli operatori economici, aspiranti contraenti della Pubblica amministrazione. Si tratta di una stima delle condotte delle imprese appaltatrici e costituisce una misura premiale che è possibile applicare ai fini della valutazione dell'offerta, potendo definire la capacità strutturale e l'affidabilità di una data impresa. La norma attribuisce all'ANAC la gestione del sistema del *rating* di impresa e attribuisce alla stessa il compito di emanare delle Linee guida per: definire i requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa e relative premialità, stabilire i criteri di valutazione dei requisiti reputazionali, nonché di individuare le modalità di rilascio della relativa certificazione. Tra i requisiti che esprimono l'affidabilità e la reputazione di una impresa, la norma contempla il *rating* di legalità, la regolarità contributiva, l'incidenza del contenzioso, i tempi di esecuzione, il mancato utilizzo del soccorso istruttorio. Per un approfondimento si rinvia a R. Berloco, *Gli istituti di premialità nelle gare d'appalto: uno sguardo al rating d'impresa e al rating di legalità*, in *lavoripubblici.it*, 3 luglio 2018; M. Cardone, *Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *federalismi.it*, n. 36/2020.

<sup>2</sup> Una simile previsione, auspicata anche dal Consiglio di Stato, è stata vista come un contrattare all'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento, consistendo in una forma alternativa di “responsabilizzazione” degli operatori economici partecipanti alla gara. Nel Parere n. 855/2016, ai fini dell'individuazione di uno strumento di deterrenza, nell'ambito del diritto vivente, il Consiglio di Stato aveva suggerito di considerare la «*non necessità di ricorso alla procedura di soccorso istruttorio un indizio della virtuosità dell'impresa, e dunque un elemento valutabile ai fini del rating di impresa*». Nel senso della responsabilizzazione G.F. Maiellaro, *Il soccorso istruttorio nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, p. 38. Circa il mancato utilizzo del soccorso istruttorio come criterio ai fini del calcolo del punteggio del *rating* d'impresa, come sottolineato da M. Cardone, *op. cit.*, p. 10, sono ravvisabili differenti interpretazioni: «*1. l'esecutore verrebbe premiato perché per la valutazione della sua offerta la stazione appaltante non ha dovuto attivare il soccorso istruttorio; 2. si penalizzerebbero quelle imprese, decurtando ad esempio punti del rating, che non hanno dato seguito all'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante; 3. si penalizzerebbero quelle imprese per le quali l'incidenza del soccorso istruttorio è superiore ad una certa soglia*».

Al riguardo, come anticipato nella prima parte del presente contributo, parte della recente giurisprudenza ha rilevato che non sussiste, in capo alla stazione appaltante, un obbligo di **comunicare il soccorso istruttorio a mezzo posta elettronica certificata (PEC)** né tale obbligo è previsto dai principi regolatori della materia, in quanto i partecipanti ad una gara d'appalto pubblico sono operatori professionali per i quali la gestione di una gara a mezzo di una piattaforma dedicata è mezzo adeguato<sup>3</sup>. Tuttavia, le modalità di comunicazione della richiesta di integrazione documentale sembrano essere ancora oggi oggetto di dibattito giurisprudenziale.

### Caso pratico

È opportuno rammentare, a tal proposito, la sentenza del **30 gennaio 2019, n. 1192<sup>4</sup>**, con la quale il **TAR Lazio, Sez. III**, ha modo di pronunciarsi sulle forme di comunicazione del soccorso istruttorio. Nel caso di specie, nell'ambito di una procedura negoziata per l'affidamento di lavori di ristrutturazione, la *lex specialis* richiedeva, per l'ammissione, il possesso di specifici requisiti di capacità professionale e tecnica. Una società concorrente chiedeva, seguendo le modalità telematiche prescritte, di essere ammessa alla fase di prequalifica quale capogruppo di un RTI da costituire con altre società. In conformità a quanto richiesto dal bando di gara, le società presentavano gli elenchi dettagliati delle prestazioni contrattuali rispettivamente eseguite, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica.

La stazione appaltante comunicava poi alla predetta concorrente di averla esclusa dalla gara poiché la documentazione presentata non era risultata idonea a dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica. Nella nota, in particolare, la stazione appaltante affermava che «*non vi è evidenza che le suddette imprese (quelle cioè che compongono il Raggruppamento, n.d.r.) abbiano eseguito attività di tipo manutentivo o di ristrutturazione sul sistema di trazione*»; contestualmente disponeva la segnalazione dell'esclusione all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

In dettaglio, la stazione appaltante aveva attivato il soccorso istruttorio mediante caricamento della richiesta nel portale telematico – con contestuale invio di email di avviso all'indirizzo di posta elettronica ordinaria, indicato dalla concorrente al momento della sua registrazione sul portale – e invitato la stessa a specificare quali fossero le attività svolte nell'ambito di ciascuna commessa dichiarata.

Al soccorso istruttorio così attivato la società non aveva dato riscontro e ciò aveva condotto alla esclusione motivato in ragione del mancato invio dei chiarimenti richiesti. In giudizio, la concorrente, a fondamento dell'impugnativa, afferma che non le sarebbe stata inviata alcuna comunicazione a mezzo PEC, contenente la richiesta dei chiarimenti in merito alle carenze documentali; tale richiesta è stata formalizzata unicamente mediante inserimento nella piattaforma informatica, modalità

<sup>3</sup> Cons. St., Sez. V, 9 novembre 2020, n. 6852.

<sup>4</sup> Non appellata.

del tutto irrituale e inidonea, secondo la ricorrente, ad assicurare la legale conoscenza della richiesta istruttoria.

Ad avviso del TAR, l'inserimento del documento (richiesta di chiarimenti) sulla "piattaforma informatica" dedicata alla gara non è oggettivamente sufficiente ad integrare adempimento degli oneri di comunicazione individuale a cui la stazione appaltante era tenuta, ai fini della attivazione del soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell'articolo 83, del codice. La procedura doveva essere attuata nella forma della comunicazione individuale a mezzo PEC, la quale, anche alla luce del bando, era l'unica idonea a garantire pienamente la conoscenza di una informativa decisiva per evitare alla concorrente l'esclusione dalla gara. Si rammenta infatti che, ai sensi del menzionato comma *«In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara»*.

Non può invece considerarsi adempimento equipollente l'inserimento della richiesta di chiarimenti nella piattaforma informatica, anche se accompagnata da comunicazione specificamente diretta alla concorrente, inviata all'indirizzo di posta elettronica ordinaria, rispetto alla quale va, in ogni caso, osservato che la stazione appaltante non ha esibito alcuna ricevuta di consegna. Come si legge nel bando di gara *«La dichiarazione resa in conformità con il modello DGUE, che potrà essere reperito sul profilo di committente, unitamente al bando di gara, deve essere sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante del concorrente e deve riportare il domicilio eletto presso il quale la stazione appaltante potrà inviare la corrispondenza inerente alla presente procedura di gara, ed altresì almeno un numero di telefono, di fax e un indirizzo di posta elettronica certificata»*.

Con tale clausola, da interpretare alla luce dei principi di buona fede e di affidamento nei rapporti tra privato e Pubblica amministrazione, la stazione appaltante ha lasciato intendere ai concorrenti che il domicilio che avrebbe avuto effettiva rilevanza ai fini delle comunicazioni afferenti alla gara sarebbe stato soltanto quello indicato da ciascun concorrente nella domanda di partecipazione; in particolare veniva indicato espressamente l'indirizzo di posta elettronica certificata – e non quello di email ordinaria – come destinazione delle future comunicazioni.

In tal modo, in assenza della prova dell'avvenuta conoscenza della comunicazione per altra via, deve ritenersi che la società esclusa, in buona fede, è stata indotta dalla stessa stazione appaltante a ritenere che le comunicazioni rilevanti afferenti alla selezione avrebbero dovuto essere eseguite all'indirizzo di PEC, come dichiarato nella domanda di partecipazione.

Il TAR accoglie il predetto motivo di ricorso in forza della specifica formulazione della clausola di gara relativa ai recapiti da indicare nelle domande di ammissione alla selezione, senza che ciò induca ad escludere in caso di diversa configurazione della clausola della *lex specialis* afferente alle comunicazioni di gara, la possibile validità di comunicazioni, anche se effettuate avvalendosi di un indirizzo di posta elettronica ordinaria (anziché PEC) di pertinenza del concorrente.

## DGUE E POSSESSO DEI REQUISITI

### 2.1. DGUE

Il documento di gara unico europeo (DGUE) consiste in un'autodichiarazione dell'impresa sulla propria situazione finanziaria, sulle proprie capacità e sulla propria idoneità a partecipare a una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico. È utilizzato per indicare in via preliminare il soddisfacimento delle condizioni prescritte nelle procedure di appalto pubblico nell'UE<sup>1</sup>.

Il DGUE è disciplinato dall'articolo 85 del d.lgs. 50/2016, che ha recepito l'articolo 59 della Direttiva 2014/24/UE.

La finalità del DGUE è quella di semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l'adozione di un unico modello autodichiarativo per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Il modello di formulario per il DGUE è stato adottato con Regolamento di esecuzione UE 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016; è stata consentita agli Stati membri la facoltà di adottare Linee guida recanti l'utilizzo del DGUE per spiegare, nel dettaglio, le norme del diritto nazionale rilevanti in materia.

A tal fine, la Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (oggi, Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili) ha adottato, in data 18 luglio 2016, apposite Linee guida<sup>2</sup>.

L'articolo 85, comma 1, del codice dei contratti così dispone:

*«Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018».*

Sulla necessità di produrre il DGUE in formato elettronico, piuttosto che in formato cartaceo e sulla possibilità, in quest'ultimo caso, di azionare il soccorso istruttorio, al fine di regolarizzare il deposito elettronico, la giurisprudenza si è espressa di recente.

<sup>1</sup> Sito <http://www.base.gov.pt/deucp/filter?lang=it>

<sup>2</sup> Consultabili sul sito del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili.



### Caso pratico

Una stazione appaltante richiedeva alle imprese partecipanti, nell'ambito di una procedura di gara, di trasmettere il DGUE in formato elettronico – PDF su supporto informatico e sottoscritto digitalmente.

Alcune imprese producevano il DGUE cartaceo e venivano ammesse con riserva dalla stazione appaltante che attivava nei loro confronti il soccorso istruttorio, richiedendo il predetto DGUE su supporto informatico e sottoscritto digitalmente.

Successivamente alcune delle imprese nei confronti delle quali era stato attivato il soccorso istruttorio per la produzione del DGUE in formato elettronico, venivano comunque escluse o perché il file non risultava firmato digitalmente o perché non presentavano la documentazione richiesta entro il termine concesso dal soccorso istruttorio, o perché addirittura una tra le imprese produceva un cd-rom vuoto, che non conteneva quindi il file del DGUE come richiesto.

Una società ricorre al TAR sostenendo l'illegittimità dell'attivazione del soccorso istruttorio, in quanto, non sussistendo né nella lettera di invito né in altro documento di gara un'espressa previsione di esclusione per la mancata presentazione del DGUE in formato elettronico, la trasmissione del formato cartaceo doveva ritenersi già di per sé sufficiente.

In questo caso il **TAR Sicilia Catania**, con sentenza del **8 gennaio 2019, n. 12<sup>3</sup>**, ha confermato l'impostazione del ricorrente sostenendo l'illegittimità del soccorso istruttorio finalizzato a regolarizzare il deposito elettronico, in quanto solo il contestuale invio in formato elettronico (tracciabile), può assicurare che il file immutabile non sia sostituito. Inserire in una busta un supporto informatico contenente un documento immutabile è un non senso, avente la mera utilità di una possibile acquisizione della documentazione negli archivi informatici dell'Amministrazione. Illegittima quindi la richiesta di integrazione documentale attivata con soccorso istruttorio.

E ancora.

### Caso pratico

In un'altra fattispecie, in cui veniva richiesta la trasmissione del DGUE in formato digitale su supporto elettronico (es. cd/chiavetta usb) da inserire in una busta sigillata, la misura espulsiva veniva disposta in ragione del fatto che il plico fatto pervenire dalla società conteneva un supporto informatico (*CD-recordable*) vuoto e, in mancanza di ogni altra documentazione, tale mancanza era stata ritenuta essenziale.

<sup>3</sup> Non appellata.

Il **TAR Umbria**, con sentenza del **8 aprile 2019, n. 190<sup>4</sup>**, ritiene che la trasmissione di un supporto vuoto configurerebbe un'irregolarità essenziale non sanabile in quanto non consentirebbe né l'individuazione del contenuto dell'atto né tanto meno l'individuazione del soggetto responsabile dello stesso, non essendo possibile ricollegare in modo certo ad un determinato soggetto che rappresenti la società, la volontà di quest'ultima di prendere parte alla procedura di gara.

Un'altra sezione del DGUE che spesso dà luogo all'attivazione del soccorso istruttorio è quella relativa al possesso dei requisiti di selezione.

#### Parte IV: Criteri di selezione

In merito ai criteri di selezione (sezione **α** o sezioni da **A** a **D** della presente parte) l'operatore economico dichiara che:

**α: INDICAZIONE GLOBALE PER TUTTI I CRITERI DI SELEZIONE**

L'operatore economico deve compilare questo campo solo se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore ha indicato nell'avviso o bando pertinente o nei documenti di gara ivi citati che l'operatore economico può limitarsi a compilare la sezione **α** della parte IV senza compilare nessun'altra sezione della parte IV:

**Rispetto di tutti i criteri di selezione richiesti:**

Soddisfa i criteri di selezione richiesti:

**Risposta:**

Sì  No

I disciplinari di gara possono richiedere il possesso di determinati requisiti di selezione, quali la capacità di carattere economico finanziaria o quella tecnico professionale, o entrambe. La prima è legata alla dimostrazione di aver raggiunto un determinato fatturato in un intervallo di tempo indicato dalla documentazione di gara; la capacità tecnico professionale può consistere nella richiesta di contratti precedenti per attività simili a quelle messe a gara e di importo pari a quello posto a base d'asta.

La *lex specialis* può prevedere che i concorrenti spuntino l'apposita casella sul possesso globale dei requisiti, senza necessità di allegare in questa fase la documentazione a supporto della dichiarazione, la quale verrà quindi successivamente richiesta, in caso di aggiudicazione della gara. Se l'impresa non spunta la casella ma successivamente inserisce negli appositi spazi sottostanti indicazioni poco precise, la stazione appaltante può invitare il concorrente, tramite soccorso istruttorio, a produrre ad esempio i contratti dai quali si evince il rispetto del requisito richiesto.

**N.B.** Nel caso di servizi e forniture, ad esempio, è necessario precisare gli importi e le date dei contratti simili eseguiti in precedenza; in caso contrario l'Amministrazione dovrà procedere con il soccorso istruttorio.

110 | <sup>4</sup> Confermata in appello, Cons. St., Sez. III, 5 novembre 2019, n. 7545.

## OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA

### 3.1. Sottoscrizione delle offerte e principio della paternità dell'atto tra gare telematiche e gare cartacee

Come è noto uno degli elementi essenziali di una scrittura privata è, tra l'altro, la sottoscrizione della stessa, la cui mancanza non permette neppure di definire il documento alla stregua di scrittura privata<sup>1</sup>.

La sottoscrizione di un atto costituisce strumento di imputazione all'autore del documento e assolve la funzione di assicurare la provenienza, la serietà e affidabilità dell'offerta.

Nelle procedure di gara, la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è quella di rendere queste ultime riferibili a chi le presenta, vincolando il sottoscrittore all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara<sup>2</sup>.

Che si tratti della domanda di partecipazione o dell'offerta, il primo elemento necessario è l'identificazione del candidato (nella prima) o dell'offerente (nella seconda), o del soggetto giuridico cui l'atto deve essere giuridicamente imputato<sup>3</sup>.

Assicurare la **paternità dell'atto** è fondamentale quando si tratta di affidare un appalto pubblico; per questo motivo è sempre necessario che l'operatore economico che decida di partecipare ad una procedura di gara stia attento a provvedere alla sottoscrizione di tutti i documenti a lui riferibili e con i quali egli di fatto si assume la responsabilità della sua offerta (tecnica ed economica).

La soccorribilità del documento privo di sottoscrizione è uno di quei temi caldi che ha tenuto da sempre impegnati i Tribunali, da un lato, e l'ANAC, dall'altro, a sostegno di posizioni diametralmente opposte.

A sentimento verrebbe da dire che la firma costituisce un elemento essenziale, sul quale, difficilmente sembrano aprirsi spiragli sulla possibilità di integrazione.

Con le prime pronunce relative al soccorso istruttorio, la giurisprudenza ha ritenuto che la mancanza della firma non potesse considerarsi a guisa di mera irregolarità

<sup>1</sup> TAR Lombardia, Sez. IV, 13 luglio 2015, n. 1629.

<sup>2</sup> Cons. St., Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063.

<sup>3</sup> TAR Sardegna, 1 luglio 2019, n. 593.

formale, sanabile nel corso del procedimento, ma al contrario inficerebbe irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, senza che sia necessaria una espressa previsione della *lex specialis* in tal senso<sup>4</sup>. Questo orientamento di fatto è stato sempre respinto dall'ANAC che, sin dalla Determina n. 1/2015<sup>5</sup>, aveva dettato una serie di linee guida alle stazioni appaltanti in tema di soccorso istruttorio.

Il problema generale della sottoscrizione degli atti di gara è risalente.

Prima della firma digitale, infatti, il problema sorgeva nelle procedure cartacee, dove sovente i disciplinari di gara potevano anche prescrivere articolati adempimenti relativamente alla firma delle offerte.

### Caso pratico

Nel caso di specie, il disciplinare di gara imponeva la sottoscrizione in ogni pagina del progetto e degli elaborati allegati all'offerta tecnica, a pena di esclusione. Risultava sottoscritta la dichiarazione di possesso dei requisiti, l'offerta economica, mentre risultavano firmati solo sul frontespizio e siglati in ogni pagina i documenti che componevano l'offerta tecnica e il piano per la sicurezza.

Secondo la pronuncia del **Cons. St., Sez. V, del 5 marzo 2018, n. 1341**, l'apposizione della firma sul frontespizio dei documenti che compongono l'offerta tecnica (come anche il piano per la sicurezza) è sufficiente a garantire la riconducibilità dell'offerta al concorrente che l'ha presentata. Tale conclusione discende dalle disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici *ratione temporis* applicabile.

In particolare, l'articolo 46, comma 1-*bis*, stabilisce (n.d.r. "stabiliva"): «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti [...] nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei bandi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte*».

<sup>4</sup> Cons. St., Sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547; Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1832; Cons. St., Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 528.

<sup>5</sup> Determinazione ANAC n. 1/2015, *cit.*: «*la sottoscrizione della domanda e dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza, prevista dagli artt. 73 e 74 del Codice costituisce un elemento essenziale di entrambe. La sottoscrizione dell'offerta ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa; la sottoscrizione della domanda di partecipazione è un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara. In entrambe le ipotesi, la sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile. Infatti, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche) degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando*».

Ad avviso del Collegio, la disposizione va intesa nel senso che la mancata sottoscrizione comporta l'esclusione del concorrente solo se genera incertezza circa la provenienza dell'offerta. In sostanza, il «per» [nel sintagma «per difetto di sottoscrizione»] va inteso come «dovuto a». Se ne ricava, a contrario, che se il difetto di sottoscrizione non genera incertezze circa la provenienza dell'offerta da un certo operatore, non vi è luogo alla sua esclusione. Si tratterebbe, infatti di un formalismo inutile e incongruo rispetto alle finalità di interesse pubblico cui la disciplina della gara è anzitutto orientata.

L'incertezza circa la provenienza dell'offerta sembra essere il filo conduttore. Al riguardo, l'ANAC privilegia in ogni caso un approccio sostanziale nell'applicazione del soccorso istruttorio.

In caso di irregolarità nella sottoscrizione dell'offerta la questione da vagliare, dirimente circa l'applicabilità o meno del soccorso istruttorio integrativo, è la riconducibilità a una facile identificazione della paternità delle proposte presentate<sup>6</sup>. Con l'introduzione delle piattaforme telematiche per la gestione delle procedure di gara, il problema della sottoscrizione degli atti di gara assume dei connotati diversi rispetto al passato. Firma digitale, firma delle buste, iscrizione al portale telematico come forma di identificazione del concorrente, da un lato, favoriscono il superamento dei problemi legati alla sottoscrizione, dall'altro però offrono nuovi e ulteriori spunti di riflessione sul tema.

### 3.2. Firma digitale e problema della certezza della provenienza

Consideriamo il problema della firma, con particolare riferimento alle procedure che sorgono su piattaforme telematiche, piattaforme che si apprestano ormai (o quantomeno ci si auspica) a diventare lo strumento utilizzato in via prioritaria dalle stazioni appaltanti per svolgere le procedure di gara.

Con i nuovi sistemi di partecipazione alle gare (parliamo dei portali telematici), si è assistito via via a un mutamento della considerazione che si ha della firma (digitale in questo caso). Questo perché spesso proprio l'accesso alle predette piattaforme è subordinato a una procedura di registrazione e identificazione che di fatto dovrebbe

<sup>6</sup> ANAC, Parere 3 febbraio 2021, n. 98: «Con riguardo alla carenza di sottoscrizione dell'offerta, l'ANAC, pur condividendo l'assunto secondo cui la sottoscrizione della domanda e/o dell'offerta costituisce elemento essenziale, afferma che laddove tale mancanza non incida sulla segretezza o sul contenuto dell'offerta medesima, la carenza sarà da ritenersi sanabile nel solo caso in cui non vi siano dubbi sulla riconducibilità dell'offerta al concorrente». Ne deriva che «qualora la mancanza della sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa, il vizio è da ritenersi sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva» (ex multis, Cons. St, Sez. V, 22 giugno 2020, n. 3973). Si veda, P. Falcicchio, ANAC sul soccorso istruttorio in relazione alle carenze dell'offerta tecnica e alla mancata sottoscrizione nell'ambito del RTI, in News, www.lgeal-team.it, 2021.

# CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP

## 1. Contenuti della WebApp

**Speciale Codice dei Contratti**, raccolta di normativa e atti in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, consultabili attraverso un motore di ricerca.

## 2. Requisiti hardware e software

- Dispositivi con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android;
- Accesso ad internet e browser web con Javascript attivo;
- Software per la gestione di documenti Office e PDF.

## 3. Attivazione della WebApp

- Collegarsi al seguente indirizzo internet:

**[https://www.grafill.it/pass/0243\\_7.php](https://www.grafill.it/pass/0243_7.php)**

- Inserire i codici **[A]** e **[B]** (vedi ultima pagina del volume) e cliccare su **[Continua]**;
- Accedere al **Profilo utente Grafill** oppure crearne uno su **www.grafill.it**;
- Cliccare sul pulsante **[G-CLOUD]**;
- Cliccare sul pulsante **[Vai alla WebApp]** a fianco del prodotto acquistato;
- Fare il *login* usando le stesse credenziali di accesso al **Profilo utente Grafill**;
- Accedere alla WebApp abbinata alla presente pubblicazione cliccando sulla relativa immagine di copertina presente nello scaffale **Le mie App**.

## 4. Assistenza tecnica sui prodotti Grafill

Per assistenza tecnica sui prodotti Grafill aprire un ticket su

**<https://www.supporto.grafill.it>**.

L'assistenza è gratuita per 365 giorni dall'acquisto ed è limitata all'installazione e all'avvio del prodotto, a condizione che la configurazione hardware dell'utente rispetti i requisiti richiesti.

