

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

**Dal 28 agosto al 1°
settembre**

Focus Giurisprudenza

TAR Calabria, 31 luglio 2023, n. 649

La procedura “ristretta”, ricorda la sezione distaccata di Regio Calabria, “è una delle due procedure “ordinarie” di scelta del contraente definite dal codice dei contratti pubblici (l'altra è quella “aperta”), alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici sono abilitati a presentare un’offerta”.

Più nel dettaglio, precisano i giudici, essa si articola in due fasi “nella prima, la stazione appaltante rende nota la volontà di procedere all'affidamento di un determinato contratto e fornisce tutte le indicazioni e le informazioni necessarie alla presentazione dell'offerta; trattasi di una fase antecedente di selezione (o di “prequalifica”), propria della procedura ristretta impiegata per il “sopra soglia” e funzionale ad individuare i soggetti da invitare (...) a presentare l'offerta conformemente alle specifiche contrattuali dettate dalla lex specialis”.

Il tratto distintivo rispetto alla procedura negoziata, a cui la P.A. come già spiegato, può ricorrere sia negli appalti “sotto soglia” (art. 36, co.2, D.lgs. n. 50/2016) che “sopra soglia” (art. 63 co. 6), è che nella procedura “ristretta” “la stazione appaltante pubblica un avviso ovvero, come nella fattispecie per cui è causa, un bando al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, compreso il gestore uscente, possono partecipare, auto-vincolandosi a non esercitare a monte la facoltà di scelta di quali operatori economici invitare, ma preferendo prima compulsare il mercato al fine di far emergere specifiche manifestazioni di interesse compatibili con la tipologia dei servizi, dei lavori e delle forniture da affidare”. A questa opzione procedurale corrisponde il **“diritto” di un operatore economico di partecipare a prescindere dalla eventuale qualità di appaltatore uscente, a maggior ragione se nessuna disposizione di gara ne prescrive espressamente il divieto.**

Viceversa, quella negoziata, tipica del “sotto soglia”, è una **procedura di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro già selezionati o individuati attraverso un elenco o un albo e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto, rinunciando a rivolgersi prioritariamente ed “indistintamente” al mercato.**

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

Consiglio di Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n.7870.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla c.d. eterointegrazione del bando di gara, precisando che “come è noto, opera in presenza di una (obiettiva) “lacuna” delle regole di gara, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante abbia omissso di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come necessari ed obbligatori dall'ordinamento

*giuridico nel suo complesso: sicché il bando, nella sua portata precettiva di *lex specialis* della procedura, debba essere integrato, in via suppletiva, da una vincolante (e non derogabile) previsione della *lex generalis*".*

L'eterointegrazione del bando quindi – ancorché si risolva, in effetto, nella prefigurazione più ampia e comprensiva (in senso qualitativo o quantitativo) dei requisiti di accesso alla procedura di gara, rispetto al canone di (determinatezza e) autosufficienza della relativa legge speciale – **non collide con il principio di (rigorosa) tassatività delle cause di esclusione** (che è, di per sé, corollario dell'onere di puntuale ed esaustiva prefigurazione delle condizioni concorrenziali), proprio **perché si tratta di condizioni necessarie** (in ragione della attitudine non derogabile della legge) **ed implicite** (e, come tali, suscettibili di essere colmate, nei sensi chiariti, in via di diretta applicazione della legge generale). Tale principio infatti "*non impinga (pur in presenza di una esclusione disposta in applicazione della *lex generalis* e non della *lex specialis*) nell'affidamento legittimo dei concorrenti, con il quale anzi – anche nella prospettiva dei principi di derivazione eurocomune – postula di essere temperato*".

Il Consiglio di Stato, poi, ha chiarito la **distinzione fra le varie tipologie di soccorso istruttorio** disciplinato dall'articolo 101 del d.lgs. 36/2023:

- a) **soccorso integrativo o completivo** (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al **recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria** alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);
- b) **soccorso sanante** (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che **consente**, in termini qualitativi, **di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa** (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);
- c) **soccorso istruttorio in senso stretto** (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – **abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica**, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;

- d) **soccorso correttivo** (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a **fattispecie di nuovo conio**, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – **prescinde dall’iniziativa e dall’impulso della stazione appaltante o dell’ente concedente** (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), **abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto**, fermo il duplice limite formale del rispetto dell’anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

Sotto un profilo operativo, proseguono i giudici, *“il soccorso procede (con la evidenziata e non rilevante peculiarità del soccorso correttivo, che è oggi riconosciuto ex lege) da una assegnazione di un termine (positivamente prefigurato in misura non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni) entro il quale l’operatore economico può integrare o sanare (a pena di esclusione: cfr. il comma 4 dell’art. 101) la documentazione amministrativa ovvero (ma in tal caso, è il caso di soggiungere, senza automatismi espulsivi) chiarire ed illustrare, nei termini (e nei limiti) della specifica richiesta, il tenore della propria offerta”*.

La norma si cura di precisare che **sono soccorribili** (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte: il che conferma che si deve trattare di una omissione meramente formale e non di una originaria carenza sostanziale): **a)** la mancata presentazione della garanzia provvisoria; **b)** l’omessa allegazione del contratto di avalimento; **c)** la carenza dell’impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

In definitiva, conclude il Consiglio di Stato, *“appare evidente il programmatico ampliamento dell’ambito del soccorso, fino al segno, si può nondimeno osservare, di marcare un possibile conflitto con il canone di autoresponsabilità (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravati imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, un forma di immeritevole abuso)”*.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).