



IL SOCCORSO ISTRUTTORIO NEL D.LGS. 36/2023 TRA VECCHI PROBLEMI E NUOVE SOLUZIONI

Con il presente elaborato é fornita una panoramica generale sull'istituto del soccorso istruttorio, all'esito delle modifiche apportate per il tramite del decreto legislativo n. 36/2023. Modifiche che hanno ampliato la portata "antiformalistica" dell'istituto de quo, nella prospettiva di garantire il principio di massima partecipazione alle gare, quale preconditione per assicurare un corretto funzionamento dello stesso sistema delle commesse pubbliche.

di Cesare Valentino

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Estratto dal n. 8/2024 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Publicato, Martedì 20 Agosto 2024

 Abstract ENG

This paper provides an overview of the institution of preliminary assistance, following the changes made through legislative decree n. 36/2023. Changes that have expanded the "anti - formalistic" scope of the institution in question, with the aim of guaranteeing the principle of maximum participation in tenders, as a precondition for ensuring the correct functioning of the public procurement system itself.

Sommario: 1. Inquadramento del soccorso istruttorio nel sistema della contrattualistica pubblica; - 2. Il soccorso istruttorio: dovere o facoltà della stazione appaltante?; - 3. Le forme di soccorso istruttorio; - 4. Ambito applicativo e oggetto del soccorso istruttorio; - 5. La possibilità di una sanatoria tramite soccorso istruttorio del difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione; - 6. Soccorso istruttorio e profili procedurali; - 7. L'offerta tecnica e l'offerta economica: il soccorso procedimentale; - 8. La rettifica dell'errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica; 9. Il soccorso istruttorio "processuale"

1. Inquadramento del soccorso istruttorio nel sistema della contrattualistica pubblica

L'art. 101 d.lgs. 36/2023 reca una compiuta disciplina del soccorso istruttorio, che nei precedenti testi normativi risultava disciplinato "incidentalmente", nel corpo di previsioni che assumevano un'ampia portata precettiva^[1].

La ratio sottesa alla riscrittura dell'istituto si riconnette all'avvertita esigenza di chiarire e fugare i principali dubbi emersi in sede applicativa nella precedente normativa, contemplata in modo particolare nel corpo dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016^[2].

Sul piano funzionale, non è superfluo rilevare che il soccorso istruttorio è proteso ad attenuare le conseguenze pregiudizievoli che il concorrente potrebbe subire allorché lo svolgimento della procedura di gara fosse conformato ad un imperante ed eccessivo formalismo^[3], che potrebbe del resto mettere in discussione il perseguimento degli obiettivi della stessa stazione appaltante^[4].

L'approccio è dunque di tipo sostanziale^[5], e costituisce l'apice di un complesso contemperamento tra il principio della par condicio e di auto-responsabilità dell'operatore economico da una parte, ed il canone di massima partecipazione in una logica concorrenziale dall'altra^[6], risolto dal legislatore garantendo una prevalenza di quest'ultimo, sulla base dell'assunto secondo cui la massima partecipazione, consentendo

un pieno sviluppo del mercato^[7], - in quanto stimola la qualità delle offerte -, non può esser pregiudicata in presenza di una mera inosservanza formale allorquando sussistano effettivamente i requisiti di partecipazione richiesti^[8].

Come poc'anzi rilevato, il percorso che ha condotto all'attuale disciplina normativa parte da lontano^[9]. Ripercorrendo l'evoluzione normativa dell'istituto del soccorso istruttorio, giova evidenziare che degno di nota è il d.l. n. 90/2014, che modificando l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ha inciso sull'ambito applicativo di tale istituto. Ed infatti in precedenza siffatto strumento era attivabile solo a fronte di una documentazione già presentata, per giunta solo per completare la stessa o per fornire in merito chiarimenti.

Con la novella del 2014 invece è stata prevista espressamente la possibilità di produrre per la prima volta tramite l'istituto in parola la documentazione omessa. Purtuttavia la sanatoria "formale" era subordinata al pagamento di una sanzione pecuniaria, discorrendosi al riguardo di soccorso istruttorio "a pagamento".

Nel tempo tuttavia siffatto onere economico, necessario per sanare qualsivoglia tipologia di irregolarità o carenza formale non incidente sul contenuto (sostanziale) dell'offerta, è venuto meno, come si desume dalla formulazione più recente dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, che prendeva in considerazione nello specifico tre tipologie di vizi.

Ad esser sanabili tramite il soccorso istruttorio "non a pagamento" erano in particolare le carenze, mancanze o irregolarità essenziali della domanda, degli elementi e del DGUE. Di converso non erano sanabili la mancanza, l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica e le carenze della documentazione che non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Attraverso l'art. 101 d.lgs. 36/2023, il legislatore, secondo una logica che potremmo definire, adoperando le parole della Relazione di accompagnamento, "semplificatoria", ha espunto dal sistema la distinzione tra irregolarità "essenziali" e "non essenziali", che tanti dubbi aveva instillato negli interpreti nella vigenza dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016. L'attuale architettura disciplinare in particolare è modulata sui seguenti principi, che riecheggiano il succitato approccio sostanzialistico^[10].

Nello specifico è consacrata la sanabilità della documentazione trasmessa unitamente alla domanda di partecipazione e al DGUE, come si desume dall'art. 101, comma 1, lett. a), nonché di ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del DGUE e di ogni eventuale altro documento richiesto ai fini della partecipazione, ad eccezione delle omissioni, inesattezze e irregolarità che implicano incertezza in ordine

all'identità del concorrente^[11], come si desume dalla piana formulazione dell'art. 101, comma 1, lett. b).

Esula invece dal perimetro applicativo dell'istituto la documentazione afferente l'offerta tecnica ed economica.

La suesposta cornice di principi consente già di effettuare una preliminare considerazione: l'espressa possibilità di sanare eventuali carenze formali afferenti la c.d. documentazione "amministrativa"^[12], sembra costituire un corollario applicativo del principio della fiducia, cristallizzato all'art. 2 d.lgs. 36/2023, che per espressa previsione legislativa connota i rapporti tra operatori economici e stazioni appaltanti, in una logica di leale cooperazione tra le parti.

2. Il soccorso istruttorio: dovere o facoltà della stazione appaltante?

Un problema di particolare rilievo è quello afferente la doverosità o la facoltatività nell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante^[13], che origina da lontano, ed in particolare dalla controversa formulazione dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale la stazione appaltante poteva invitare i concorrenti, in quanto necessario, a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto della documentazione presentata^[14]. La norma sembrava dunque lasciare spazi di discrezionalità alla stazione appaltante, con l'ovvia conseguenza che quest'ultima non era tenuta a dar corso a sanatorie "formali".

L'art. 101 d.lgs. 36/2023 invece, sulla falsariga del previgente art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, scardina i dubbi applicativi che siffatta norma aveva posto, confermando che l'attivazione del soccorso istruttorio ad opera della stazione appaltante costituisce per la stessa espressione di un obbligo e non già di una facoltà.

La ratio di tale scelta legislativa è facilmente comprensibile. Rendendo per la pa doverosa l'attivazione del soccorso istruttorio, il legislatore ha voluto conferire effettività all'approccio sostanzialistico immanente all'istituto in analisi, nella prospettiva di garantire la suesposta massima partecipazione alla gara, che non può esser preclusa da mere carenze formali. Diversamente infatti potrebbero sussistere evidenti frizioni con il principio di concorrenza, la cui concreta attuazione suppone logicamente una più ampia partecipazione alla gara^[15], da cui discende un miglioramento delle offerte e dunque, un miglior perseguimento degli stessi obiettivi della stazione appaltante.

Sulla base di tali premesse, corroborate, come dimostrato, dalla lettera dell'art. 101,

comma 1, è possibile ritenere, senza timore di smentite, che al cospetto di una carenza o irregolarità formale, la stazione appaltante non può procedere direttamente all'esclusione dell'operatore economico, dovendo necessariamente avviare il procedimento di soccorso istruttorio, in ossequio ai principi di leale cooperazione e di massima partecipazione, al fine di consentire allo stesso l'integrazione di quanto richiesto per poter partecipare validamente alla gara^[16].

3. Le forme di soccorso istruttorio

Sul piano tipologico, è possibile distinguere, in una prospettiva funzionale, diverse forme di soccorso istruttorio^[17].

L'art. 101, comma 1, lett. a), d.lgs. 36/2023, prevede in particolare il c.d. soccorso integrativo o completo, diretto, in una logica squisitamente quantitativa, alla integrazione di carenze della documentazione amministrativa necessaria per la partecipazione alla gara, con esclusione della documentazione afferente l'offerta tecnica ed economica.

L'art. 101, comma 1, lett. b) invece reca la disciplina del c.d. soccorso "sanante", che in ossequio ad una logica non già quantitativa bensì qualitativa, consente di sanare carenze della documentazione amministrativa, con il limite della documentazione di incerta imputazione soggettiva, strutturalmente inammissibile e dunque di per sé irrecuperabile.

L'art. 101, comma 3, invece, prevedente il soccorso c.d. procedimentale, abilita la stazione appaltante a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, volti a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'operatore economico, fugando le eventuali ambiguità, nella prospettiva di pervenire ad esiti certi in ordine alla portata dell'impegno contrattuale assunto, con il limite costituito dal divieto, proiezione del principio della par condicio, di apportare qualsivoglia modifica al contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

Infine, l'art. 101, comma 4, reca la disciplina del c.d. soccorso "rettificativo", che a differenza delle altre ipotesi, non si ricollega ad un'iniziativa della stazione appaltante, ma all'impulso dell'operatore economico, abilitando lo stesso, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che inficiano materialmente il contenuto dell'offerta tecnica o economica, di cui si è avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione, ma a condizione che la rettifica non si concreti nella presentazione di una nuova offerta o comunque in una sua modifica sostanziale.

4. Ambito applicativo e oggetto del soccorso istruttorio

Prima di analizzare funditus l'oggetto del soccorso istruttorio, conviene individuare l'ambito operativo dell'istituto. Limitando la disamina all'art. 101, si potrebbe pensare che lo stesso sia confinato agli appalti nei settori ordinari. Purtroppo l'assunto è smentito dallo stesso legislatore, che per effetto degli artt. 167, comma 1, lett. e) e 183, comma 11, prevede espressamente l'applicabilità del soccorso istruttorio oltre che agli appalti nei settori ordinari, anche agli appalti nei settori speciali e alle concessioni.

In ordine all'oggetto del soccorso istruttorio, si è in precedenza rilevato che l'art. 101, comma 1, prevede che la stazione appaltante, prima di provvedere nel senso dell'esclusione dell'operatore economico, deve richiedere allo stesso l'integrazione di quelle carenze formali non afferenti l'offerta tecnica o economica. Ripercorrendo l'evoluzione della norma de qua, si è messa in evidenza l'ampia portata applicativa che nel tempo ha assunto l'istituto in analisi, - anche per effetto degli influssi giurisprudenziali-, che ad oggi consente sia la regolarizzazione che l'integrazione della documentazione mancante^[18].

Oggetto di una specifica disciplina è la possibilità di una sanatoria della mancata presentazione della garanzia provvisoria o del contratto di avvalimento^[19]. Prima di addentrarsi nella disamina della complessa questione conviene preliminarmente definire i predetti istituti.

In termini generali la garanzia provvisoria costituisce un peso corredato all'offerta presentata da un operatore economico, di regola pari al 2% del valore complessivo della procedura. Sul versante funzionale, detta garanzia è diretta a coprire la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione interdittiva antimafia.

Il predetto limite percentuale imposto per la garanzia provvisoria non è tuttavia immutabile. Ed infatti il legislatore, per il tramite dell'art. 106, comma 1, d.lgs. 36/2023, consente alla stazione appaltante, tramite adeguata motivazione, di ridurre sino all'1% o di incrementare sino al 4% l'importo di detta garanzia al fine di rendere lo stesso proporzionato alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio ad esso sotteso. Sul piano applicativo, la garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione.

Dalla garanzia provvisoria va distinta la garanzia definitiva, necessaria per la sottoscrizione del contratto, e che pur potendo esser prestata nelle forme prescritte per la

garanzia provvisoria, presenta, oltre alla diversa funzione, una diversa misura, pari al 10% dell'importo contrattuale.

L'avvalimento invece costituisce, ai sensi dell'art. 104, comma 1, il contratto, normalmente oneroso, tramite cui una o più imprese "ausiliarie" si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto^[20]. La ratio di tale contratto, che è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico, è consentire a quest'ultimo, che per una determinata gara non possiede i requisiti richiesti, di partecipare e di evitare l'esclusione adoperando i requisiti di altro operatore, realizzando per tale via il principio di massima partecipazione, quale preconditione per un corretto svolgimento del meccanismo concorrenziale sotteso alle procedure ad evidenza pubblica.

Come dianzi rilevato, della garanzia provvisoria e dell'avvalimento ci si è chiesti se sia possibile una sanatoria nell'ipotesi di mancata presentazione degli stessi.

Al quesito ha fornito una soluzione affermativa il legislatore, che per il tramite dell'art. 101, comma 1, lett. a), ha previsto che la suddetta carenza è sanabile attraverso la presentazione di documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte, facendo dunque chiarezza su una questione che, specie nel vigore del d.lgs. 50/2016, aveva posto non pochi problemi interpretativi, sui quali era intervenuta in particolare l'Anac^[21].

Tale Autorità infatti, con la determinazione n. 1/2015, aveva sostenuto che il contratto di avvalimento poteva rientrare nel perimetro applicativo del soccorso istruttorio a condizione che vi fosse stata la mancata allegazione, per mera dimenticanza, dello stesso, che comunque doveva esser stato già stipulato alla data di presentazione dell'offerta. Nella medesima determinazione l'Autorità avrà modo di affermare inoltre che ogni carenza riferibile alla cauzione provvisoria risultava sanabile attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio sul presupposto che la stessa fosse stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta. Diversamente infatti vi sarebbe stata un'alterazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

Una logica non dissimile è stata seguita anche sul formante giurisprudenziale, ove l'ammissibilità del soccorso istruttorio è stata affermata nelle ipotesi di mancata presentazione di copia del contratto di avvalimento, a condizione tuttavia che tale contratto recasse data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte^[22]. Di converso, l'ammissibilità del soccorso istruttorio è stata esclusa ad esempio nell'ipotesi di mancanza ab origine dei requisiti necessari per la validità del contratto di avvalimento^[23].

Relativamente alla cauzione provvisoria, è invalso in giurisprudenza il principio secondo cui la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria non costituisce causa di esclusione automatica dalla gara. In tali ipotesi in particolare è stato ribadito, sulla base delle previsioni medio tempore applicabili, che la stazione appaltante è tenuta ad avviare il procedimento di soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la carenza documentale^[24], a condizione tuttavia che l'emissione della cauzione provvisoria fosse avvenuta in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione^[25].

5. La possibilità di una sanatoria tramite soccorso istruttorio del difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione

Particolarmente discussa è la possibilità di sanare, tramite applicazione del soccorso istruttorio, il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione. Sul punto occorre dar atto dell'insussistenza di univocità di vedute tra gli interpreti.

Secondo una prima corrente interpretativa^[26] il difetto di sottoscrizione costituisce una carenza non sanabile tramite soccorso istruttorio. A tale conclusione interpretativa l'indirizzo in parola perviene valorizzando la funzione della sottoscrizione, che oltre a documentare la legittima provenienza del documento, si concreta anche nell'assunzione di un vincolo contrattuale da parte del sottoscrittore. Con la conseguenza che qualsivoglia carenza della sottoscrizione, quale elemento essenziale dell'offerta, si concreta in un vizio di partecipazione alla gara, posta la mancanza di una manifestazione di volontà contrattuale validamente imputabile all'operatore economico interessato.

Altra corrente ermeneutica, di estrazione "sostanziale", pur non negando il valore essenziale della sottoscrizione, sostiene che la carenza della stessa possa esser sanata allorquando non implica un'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta^[27]. Dal canto suo Anac, con la suddetta determinazione n. 1 del 2015, ha ribadito un principio non dissimile, affermando la sanabilità della carenza di sottoscrizione della domanda di partecipazione nel limite in cui la stessa, in base alle circostanze concrete, fosse riconducibile con certezza all'operatore economico.

Il medesimo contrasto si è riproposto anche con specifico riferimento al caso di difetto di firma digitale in gare svolte su piattaforme telematiche^[28].

Al riguardo è stata ammessa^[29] l'esperibilità del soccorso istruttorio per l'integrazione della sottoscrizione mancante muovendo in particolare dalle modalità di partecipazione ad una gara telematica, che consentivano di imputare la domanda di partecipazione

nonostante la mancanza della firma digitale in quanto idonee a far desumere la riconducibilità della domanda all'operatore economico, giacché ciascun concorrente per poter partecipare alla gara necessitava di una registrazione al portale e di un successivo accesso con le credenziali ricevute in fase di registrazione, volte a consentire appunto il caricamento della documentazione di partecipazione.

6. Soccorso istruttorio e profili procedurali

Sin qui i lineamenti generali sull'istituto del soccorso istruttorio, così come congegnato all'art. 101 d.lgs. 36/2023.

Occorre adesso spostare il baricentro dell'analisi sui profili procedurali che connotano tale istituto, sui quali non poteva non incidere il legislatore della novella intervenuta nel 2023. Sotto tale profilo occorre preliminarmente rilevare che il sub – procedimento tratteggiato all'art. 101, commi 1 e 2, diverge da quello regolato nel previgente d.lgs. 50/2016 per la fissazione non solo della durata massima del termine riconosciuto al concorrente, ma finanche della durata minima, che nell'art. 101 d.lgs. 36/2023 è fissata in 5 giorni^[30].

Il che evidenzia una netta discrasia rispetto al precedente impianto normativo, al fine di superare le incertezze applicative e interpretative che lo stesso aveva posto: ed infatti, nella precedente codificazione, in assenza di analoga previsione a quella attualmente in vigore, era possibile per la stazione appaltante ridurre il termine massimo di 10 giorni, sempre che l'esercizio di tale facoltà avesse luogo in modo ragionevole e congruo, e dunque senza aggravare gli adempimenti formali gravanti sull'operatore economico.

Il legislatore del 2023 sembra inoltre aver superato finanche le incertezze interpretative che nella precedente codificazione avevano interessato le modalità di comunicazione dell'attivazione del procedimento di soccorso istruttorio.

Ed infatti, sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016, l'assenza di una specifica disciplina sul punto aveva ingenerato un acceso dibattito tra gli interpreti, le cui posizioni si erano polarizzate attorno a due soluzioni di senso opposto relativamente alla necessità di procedere o meno ad una comunicazione via pec^[31].

Nell'attuale architettura normativa la questione sembra esser stata risolta dal legislatore della riforma tramite l'art. 29 d.lgs. 36/2023. Tale norma in particolare, tramite una formulazione particolarmente elastica, che ne amplia correlativamente la relativa portata applicativa, prevede testualmente che tutte le informazioni e gli scambi di informazioni di cui al codice (d.lgs. 36/2023) siano eseguite, in conformità a quanto disposto dal CAD

(c.d. Codice amministrazione digitale)^[32], tramite le piattaforme dell'ecosistema nazionale di cui all'articolo 22 d.lgs. 36/2023 e, per quanto non espressamente previsto da tali piattaforme, tramite l'utilizzo del domicilio digitale ovvero, per le comunicazioni tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 47 CAD.

Come dianzi rilevato, il concorrente che non adempie nel termine stabilito alle richieste di integrazione e sanatoria effettuate dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio è escluso dalla gara.

Di tale termine è discussa la natura perentoria o meno^[33]. La questione, lungi dall'esser meramente nominalistica, non è immune da rilevanti conseguenze applicative. Ed infatti logico corollario di una soluzione nel primo senso è che l'inutile decorso di tale termine comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, senza che possano rilevare il possesso sostanziale dei requisiti, o l'antiorità rispetto a tale termine dei documenti comprovanti siffatto possesso. Dal riconoscimento della natura perentoria di tale termine discende inoltre che ai fini della legittimità del provvedimento di esclusione non è affatto necessaria alcuna motivazione ulteriore rispetto al mero richiamo dell'attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della documentazione carente^[34].

In ordine a tale complessa quaestio iuris, occorre rilevare che sussistono precisi argomenti che portano a propendere per la natura perentoria del termine stabilito per la sanatoria o integrazione in sede di soccorso istruttorio.

Sul piano letterale, converge in tal senso la piana formulazione del comma 2, art. 101 d.lgs. 36/2023, a tenore del quale l'operatore che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara^[35].

Sul versante funzionale, la soluzione nel senso della perentorietà del termine stabilito per procedere alla sanatoria o integrazione sembra discendere dalla ratio immanente all'art. 101, ispirato all'esigenza di necessaria certezza e rapidità del sub-procedimento di soccorso istruttorio. Un'esigenza questa che non collide con il principio di massima partecipazione alla gara, che va in ogni caso contemperato con l'interesse, comunque rilevante, della stazione appaltante, che si salda inscindibilmente, nel contesto della procedura, con il fondamentale principio della par condicio tra i concorrenti, che potrebbe esser menomato se non si asserisse la natura perentoria del termine stabilito per procedere alle integrazioni e alle sanatorie "formali".

Discussa è anche la possibilità di concessione di una proroga per procedere alla sanatoria, tramite soccorso istruttorio, delle c.d. carenze formali.

In assenza di una specifica disciplina, siffatta possibilità potrebbe esser riconosciuta nelle ipotesi di obiettiva impossibilità o difficoltà dovute a cause esterne, che prescindono dalla volontà del concorrente^[36].

Una diversa conclusione implicherebbe la violazione del principio della par condicio dei concorrenti, - che innerva lo svolgimento della gara -, andando paradossalmente a “premiare” il comportamento dell’operatore che con negligenza non abbia provveduto all’allegazione della documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quei concorrenti che invece si sono immediatamente conformati alle richieste di integrazione formale della stazione appaltante^[37].

Ci si chiede inoltre se la stazione appaltante possa richiedere, in sede di soccorso istruttorio, ulteriori precisazioni in ordine alle carenze formali, avviando un’interlocuzione con il concorrente volta a chiarire i dubbi emersi nella disamina della documentazione integrativa, prodotta tempestivamente dall’operatore e ritenuta dalla stazione appaltante non in grado di sanare le irregolarità formali riscontrate^[38].

Al quesito sembra possibile fornire soluzione in senso affermativo muovendo dalla valorizzazione del principio di buona fede, consacrato all’art. 5 d.lgs. 36/2023, che nell’ambito della procedura di gara impone tanto alle stazioni appaltanti, quanto agli operatori economici di tenere un comportamento corretto. Nel qual caso siffatto comportamento, non implicando alcuna lesione dell’altrettanto rilevante principio della par condicio, consente un’attuazione effettiva dell’esigenza sottesa al soccorso istruttorio, che come dianzi rilevato costituisce istituto funzionale a realizzare la massima partecipazione alle procedure di gara. Sulla base delle medesime considerazioni sembra possibile affermare l’ammissibilità dell’attivazione di una nuova procedura di soccorso istruttorio al fine di sanare l’incompletezza della documentazione prodotta per effetto di una prima richiesta di soccorso istruttorio, beninteso a condizione che quest’ultima sia stata formulata in una forma idonea ad indurre in errore il concorrente.

Discussa è anche la possibilità di procedere alla sanatoria di carenze formali tramite soccorso istruttorio a seguito dell’aggiudicazione.

La ratio sottesa all’istituto, che come dianzi rilevato si ricollega all’esigenza di realizzare il principio di massima partecipazione, quale preconditione di una procedura di gara “concorrenziale”, consente di propendere per la soluzione in senso affermativo del quesito, beninteso a condizione che l’attivazione del soccorso istruttorio non sia volta alla mera modifica del contenuto delle dichiarazioni rese all’atto di presentazione dell’offerta, e dunque a realizzare una integrazione “successiva” del requisito prescritto per la partecipazione, concretandosi in senso contrario nella violazione del fondamentale

principio della par condicio³⁹¹.

7. L'offerta tecnica e l'offerta economica: il soccorso procedimentale

Si è detto che l'art. 101, comma 1, d.lgs. 36/2023, in sostanziale continuità con la pregressa disciplina prevista dal d.lgs. 50/2016, preclude l'attivazione del soccorso istruttorio relativamente alla documentazione afferente l'offerta tecnica ed economica. La ratio della previsione è evidente: se infatti fosse prevista la possibilità di una sanatoria o integrazione di tali offerte, netta risulterebbe la frizione rispetto al conclamato principio della par condicio.

Purtuttavia lo stesso legislatore, per il tramite dell'art. 101, comma 3, prevede che la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti in ordine al contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, e su ogni loro allegato.

È stato così consacrato il c.d. soccorso "procedimentale", che diverge dal soccorso istruttorio in quanto non si concreta in un'integrazione o sanatoria della carenza formale, ma in un mero chiarimento reso dall'operatore su richiesta della stazione appaltante nell'ipotesi di dubbi afferenti il contenuto dell'offerta. La compatibilità dell'istituto di nuovo conio con il fondamentale principio della par condicio è comunque garantita dall'art. 101, comma 3, ult. parte, a tenore del quale i chiarimenti resi dall'operatore non possono concretarsi in una modifica del contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. In tal guisa si consente all'operatore economico di provare che la propria offerta fosse, sin dall'origine, conforme a quanto richiesto dalla stazione appaltante^[40].

Come dianzi rilevato, il soccorso procedimentale diverge dal soccorso istruttorio anzitutto relativamente all'oggetto^[41], giacché esula dal perimetro applicativo di quest'ultimo sia il profilo economico che quello tecnico dell'offerta. Anche la funzione appare diversa. Ed infatti, sulla scorta di quanto evidenziato in precedenza, il soccorso procedimentale si concreta nella possibilità di richiedere all'operatore economico di fornire chiarimenti funzionali ad una corretta interpretazione della sua offerta, ovviando alle possibili ambiguità che possono affettare l'offerta, fermo restando il succitato divieto di integrazione "successiva" dell'offerta^[42]. Ed infatti, il limite del soccorso procedimentale va individuato nella impossibilità di procedere tramite lo stesso alla modifica di un elemento dell'offerta tecnica o dell'offerta economica. Tale istituto è dunque inammissibile per ovviare all'inadeguatezza dell'offerta formalizzata dall'operatore economico, giacché, diversamente, si consentirebbe allo stesso di modificare in corso di gara la propria partecipazione alla gara in spregio all'interesse degli altri operatori economici^[43].

Dalla lettera dell'art. 101, comma 3, d.lgs. 36/2023, sembra potersi desumere la facoltà della stazione appaltante di procedere tramite soccorso procedimentale alla richiesta di chiarimenti in ordine ai contenuti dell'offerta tecnica ed economica.

Purtuttavia discussa è la possibilità di riconoscere a carico della stazione appaltante l'obbligo di attivare siffatto strumento.

La soluzione in senso affermativo del quesito, sebbene avversata dalla disposizione in analisi, sembra potersi sostenere muovendo dalla ratio e da un coordinamento sistematico della stessa con il succitato principio di buona fede.

Ed infatti a fronte di un'incertezza risolvibile tramite richieste di chiarimenti sui contenuti delle offerte, l'esigenza di perseguire il principio di massima partecipazione prevale sulle esigenze di celerità e speditezza della procedura che porterebbero ad escludere dalla gara l'operatore economico. Ancor prima del principio di massima partecipazione, siffatta conclusione sembra esser imposta proprio dal principio di buona fede, che come dianzi rilevato, nell'ottica di contemperare gli opposti interessi, impone alla stazione appaltante di tenere nella giusta considerazione l'interesse alla massima partecipazione perseguito dall'operatore economico del quale sia dubbia non l'offerta in sé, ma il contenuto della stessa.

8. La rettifica dell'errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica

L'art. 101, comma 4, d.lgs. 36/2023, prevede la possibilità per l'operatore economico di richiedere, nei termini e secondo le forme indicate dalla norma de qua, la rettifica dell'eventuale errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica, di cui si è avveduto dopo la scadenza del termine di presentazione delle stesse.

Una possibilità che il legislatore subordina, oltre che a stringenti termini temporali, alla condizione che la rettifica non si concreti nella presentazione di una nuova offerta o in una modifica sostanziale della stessa. Diversamente infatti, vi potrebbe esser una tensione con il principio della par condicio, che come più volte riaffermato nel presente scritto, innerva il diritto dei contratti pubblici.

Discussa è la possibilità di una rettifica dell'errore materiale effettuata ex officio dalla stazione appaltante.

La lettera della previsione in analisi sembra condurre alla soluzione in senso negativo del

quesito, giacché ricollega il rimedio de quo ad un'iniziativa del singolo operatore economico. Purtuttavia, una rilettura della previsione alla luce del principio di buona fede, consente di ritenere che l'errore materiale in cui sia incappato l'operatore economico può esser rettificato d'ufficio dalla stazione appaltante tramite l'indicazione del dato corretto. Il che tuttavia potrà aver luogo, al fine di contemperare il principio di massima partecipazione con quello della par condicio, a condizione che l'errore sia percepibile dal contesto complessivo dell'atto da rettificare, senza che sia necessaria un'indagine sulla volontà dell'operatore, riconoscibile da chiunque^[44], potendo giungere agevolmente ad esiti univoci in ordine alla portata dell'impegno assunto^[45]. In concreto dovrà trattarsi di un errore univocamente e oggettivamente riconoscibile come tale.

9. Il soccorso istruttorio “processuale”

Sin qui la disamina del soccorso istruttorio “sostanziale”. Ad esso è stato affiancato nel tempo il soccorso istruttorio “processuale”, che costituisce l'apice della tendenza ad ampliare il perimetro dell'istituto in analisi, al fine di consentire l'attuazione effettiva del principio di massima partecipazione, che potrebbe esser pregiudicata allorquando l'esclusione fosse motivata sulla base di mere carenze formali^[46].

In generale con l'espressione soccorso istruttorio “processuale” si intende il soccorso disposto dal giudice amministrativo nell'ipotesi in cui sia contestato l'accertamento dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicatario^[47], al fine di consentire a quest'ultimo la sanatoria delle proprie dichiarazioni volte alla dimostrazione del possesso dei requisiti dall'inizio alla conclusione della procedura di gara^[48].

In pratica con l'istituto in esame il giudice amministrativo, appurato che la stazione appaltante ha violato l'onere di intervenire in soccorso istruttorio, esercita nel corso del processo, in luogo di essa, i poteri necessari all'accertamento dei requisiti prescritti, al fine di neutralizzare la doglianza volta ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario per effetto dell'asserita carenza della documentazione allegata all'offerta.

L'ammissibilità di siffatto potere viene giustificata muovendo dall'assunto secondo cui la successiva correzione o integrazione documentale della dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale, non comporta una violazione del principio della par condicio, posto che la stessa è diretta ad attestare la sussistenza di elementi preesistenti, avviando ad una carenza formale che la stazione appaltante, se avesse rilevato con tempestività, avrebbe dovuto comunicare all'operatore economico, attivando la procedura di soccorso istruttorio. In tale prospettiva, è di tutta evidenza che siffatta forma di soccorso istruttorio, attivata in sede processuale^[49], non può che esser assoggettata al medesimo regime

applicabile nelle ipotesi in cui il soccorso è attivato dalla stazione appaltante in sede di gara^[50]. Con l'ovvia conseguenza che la stessa non potrà essere attivata al cospetto di carenze afferenti l'offerta.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Per un inquadramento generale del soccorso istruttorio nel diritto amministrativo “generale” si segnala il recente studio di S. Vaccari, Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti, in *Diritto Amministrativo*, 2023, pag. 183 ss.
- [2] Per un’approfondita disamina della norma v. F. Saitta, Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”, in *Diritto Amministrativo*, 2019, p. 9.
- [3] M. ALESIO, Soccorso istruttorio contratti pubblici: modificare non è completare!, in *Diritto & Giustizia*, 2017, pag. 2 nonché F. Rizzo, Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di “soccorso istruttorio”, in *Foro amm.*, 2013, pag. 2528 ss.
- [4] Cfr. L. DE GREGORIIS, A lo parlare agi misura: potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, in *Foro Amministrativo*, 2014, pag. 2268.
- [5] F. ARMENANTE, Procedure di affidamento dei contratti pubblici, Milano, 2023, p. 173.
- [6] F. SAITTA, Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”, in *Diritto Amministrativo*, 2019, p. 4.
- [7] Cfr. E. FREDIANI, Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico, in *Diritto Amministrativo*, 2018, p. 643.
- [8] Come rilevano S. FANTINI – H. SIMONETTI, Le basi del diritto dei contratti pubblici, Milano, 2024, p. 133, il soccorso istruttorio costituisce un un potere di ordine generale, che rinviene il suo fondamento nella previsione dell’art. 6, comma 1, lett. b), l. 241 del 1990 sul responsabile del procedimento, ed il cui esercizio “è peraltro più delicato nell’ambito di un procedimento di gara, nel quale il favor participationis non può arrecare un vulnus alla par condicio”. L’istituto secondo gli A. si atteggia alla stregua di regola procedimentale, in forza della quale la stazione appaltante, prima di provvedere all’esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare o regolarizzare le proprie dichiarazioni, “con un contegno inequivocabilmente finalizzato a far prevalere la sostanza sulla forma”. Sul punto cfr. F. Saitta, Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”, in *Diritto Amministrativo*, 2019, p. 3.
- [9] In argomento v. l’analitica disamina di F. Aperio Bella – S. Caldarelli – E. M. Santoro – S. Tranquilli, Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, p. 1468 ss.
- [10] M. PIZZI, Riflessioni sul principio di tassatività delle cause di esclusione: analisi critica della sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2020 alla luce della giurisprudenza europea, in *Foro Amministrativo (II)*, 2020, pag. 938 ss.
- [11] FANTINI – H. SIMONETTI, Le basi del diritto dei contratti pubblici, Milano, 2024, p. 133.
- [12] S. FANTINI – H. SIMONETTI, Le basi del diritto dei contratti pubblici, Milano, 2024, p. 132.
- [13] Cfr. M. MATTALIA, Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo, in *Diritto Amministrativo*, 2017, p. 573.
- [14] F. SAITTA, Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”, in *Diritto Amministrativo*, 2019, p. 6.
- [15] Cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 9/2014, disponibile su DeJure.it.
- [16] In argomento v. anche delibera ANAC n. 392/2021.
- [17] F. ARMENANTE, Procedure di affidamento dei contratti pubblici, Milano, 2023, p. 179 nonché, nel vigore dell’art. 83, comma 9, d.lgs. 36/2023, P. Patrio, Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo

(in corso di approvazione): primi spunti di riflessione, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, pag. 342.

[18] Cons. St., n. 1308/2022.

[19] In argomento v. anche FANTINI – H. SIMONETTI,, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 133.

[20] Per un inquadramento generale dell'istituto sia consentito rinviare all'ampia disamina di C. Zucchelli, *Avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, a cura di M.A. Sandulli – R. De Nictolis, Milano, 2019, p. 1104.

[21] F. Armenante, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 178.

[22] Cons. St., n. 5747/2019.

[23] Cons. St., n. 8819/2019.

[24] Cons. St., n. 5138/2019.

[25] Cons. St., n. 6013/2019.

[26] T.A.R. Lazio (Roma) II-bis, n. 7470/2019.

[27] Cons. St., n. 1655/2020.

[28] In argomento v. recentemente in dottrina F. Armenante, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 180.

[29] T.A.R. Sicilia (Catania), n. 1911/2022.

[30] Cfr. S. FANTINI – H. SIMONETTI,, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 132.

[31] Propende per la comunicazione via pec T.A.R. Lazio (Roma), n. 1192/2019. Di contrario avviso invece era T.A.R. Lazio (Roma), n. 10499/2019.

[32] D.lgs. n. 82/2005.

[33] Sul punto v. F. ARMENANTE, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 177.

[34] Cons. St., n. 11250/2022.

[35] Cfr. Cons. St., n. 3592/2019.

[36] Cons. St., n. 2036/2017, nonché delibera ANAC n. 751/2018.

[37] In questi termini v. Cons. St., n. 1803/2016.

[38] Cons. St., n. 69/2019.

[39] Cons. St., n. 8148/2022.

[40] Cons. St., n. 1854/2018.

[41] Cfr. Cons. St., n. 7882/2022.

[42] Cons. St., n. 7039/2018.

[43] Cons. St., n. 2512/2023.

[44] Cons. St., n. 1034/2023.

[45] Cons. St., n. 848/2022.

[46] In argomento si v., in dottrina, I. Valentino, *Il soccorso istruttorio e il soccorso istruttorio processuale*, in *Riv. Cammino Diritto*, 2021, p. 17 ss.

[47] E. FREDIANI, Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico, in *Diritto Amministrativo*, 2018, p. 648.

[48] F. ARMENANTE, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 176.

[49] F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, p. 23 ss.

[50] E dunque sulla base degli stessi limiti prefigurati per il soccorso istruttorio “sostanziale”. In argomento cfr. S. Fantini – H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 134, secondo i quali non sussiste un limite “sistemico” al soccorso istruttorio processuale, se non quello che involge l’oggetto dello stesso, che deve pur sempre attenersi a carenze di natura formale, in quanto tali afferenti un’attività vincolata.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10653>