

Diritto e politica dei trasporti

Rivista semestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza e documentazione

Fascicolo 1/2024

ISSN 2612-5056

LUISS



La Rivista è pubblicata dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" della Luiss G. Carli, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Air Transport Observatory "Antonio Catricalà" at Luiss G. Carli, and it is registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma e Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

La rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 7, n. 12 (I-2024)

ISSN 2612-5056

Luiss University Press

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT) Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista online e open-access, classificata dall'Anvur tra le riviste di classe A nell'area disciplinare 12 (Scienze giuridiche), indicizzata da DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an online, open-access, Anvur class A Journal, subject area 12 (Law). It is indexed in DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Ente Nazionale Aviazione Civile e Luiss University Press

Pubblicato nel mese di ottobre 2024

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file ".doc" alla direzione della Rivista (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) o alla Segreteria editoriale (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell'Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese e uno in lingua italiana, che non deve superare le 1.000 battute ciascuno (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l'autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall'Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

- a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
- b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista, salvo espresso consenso del Direttore o del Comitato di direzione;
- c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la Rivista;
- d) che l'Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge o nei casi previsti dal Codice etico adottato dalla Rivista;
- e) che l'Autore rispetta tutte le altre indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista.

Il Direttore o il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli "estratti" con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell'apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in ".doc" format to the Journal's Executive Editors (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) or to the Editorial Staff (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author's personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) an abstract in Italian language and an abstract in English of not more than 1.000 characters each (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:

- a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
- b) that the manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another Journal, except for express consent by the Editor-in-Chief or the Executive Editors;
- c) that the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
- d) that the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions or in the cases laid down in the Code of Ethics adopted by the Journal.
- e) that the Author abides by all other provisions of the Journal's Code of Ethics.

The Editor-in-Chief and the Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted. All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)

Comitato scientifico e tecnico /Scientific and Technical Board

Presidente

Prof. Aristide Police (Luiss "G. Carli" - Roma)

Componenti

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
 Prof. Marco Calabrò (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")
 †Prof. Antonio Catricalà (Università "Link Campus University" - Roma)
 Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
 Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE - York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation - ECU, Perth, Australia)
 Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
 Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
 Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
 Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
 Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
 Prof. Mario Libertini (Università "Sapienza" - Roma)
 Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Sergio Marchisio (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
 Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)
 Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)
 Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
 Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università degli studi di Milano)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Mario Sebastiani (Università "Tor Vergata" - Roma)
 Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
 Prof. Franco Gaetano Scoca (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Teramo)
 Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Prof.ssa Flaminia Aperio Bella
 Avv. Patrizia Beraldi
 Prof.ssa Yolanda Bustos Moreno
 Avv. Luigi De Propris
 Avv. Marco Di Giugno
 Dott. Federico Di Palma
 Avv. Fabrizio Doddi
 Avv. Francesco Ferrara
 Dott. Simone Francario
 Avv. Raissa Frascella
 Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè
 Prof.ssa Annarita Iacopino
 Prof.ssa Maria Assunta Icolari
 Avv. Emanuela Lanzi
 Dott. Antonio Mitrotti
 Avv. Andrea Nardi
 Dott. Simone Paoli
 Avv. Anton Giulio Pietrosanti
 Prof. Marco Ragusa
 Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
 Dott.ssa Ersilia Sanginario
 Avv. Francesco Scalia
 Prof.ssa Martina Sinisi
 Dott.ssa Veronica Sordi
 Avv. Giovanni Terrano
 Avv. Francesco Tomasicchio
 Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Il Consiglio di Stato sulla disciplina e sulle tipologie di soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

Francesca Di Monaco

Cultore della materia di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi del Molise

Abstract

The Consiglio di Stato about the new discipline and types of the soccorso istruttorio procedure in the new Public Contracts Code.

The paper, starting from a recent judgement of the Consiglio di Stato, examines the soccorso istruttorio and the legal implications of the new discipline and forms of the institute, as a means aimed at achieving simplification, acceleration and digitalization of the public procedures and the concrete execution of all the new Public Contracts Code's guiding principles.

Il presente articolo, prendendo le mosse da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, esamina il soccorso istruttorio e le implicazioni giuridiche della nuova disciplina e forme dell'istituto, quale strumento volto a conseguire la semplificazione, l'accelerazione e la digitalizzazione delle procedure pubbliche e la concreta attuazione di tutti i principi ispiratori del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Parole chiave: Soccorso istruttorio, Consiglio di Stato, Codice dei Contratti Pubblici, Semplificazione, Principi generali.

Sommario 1. La vicenda processuale – 2. La decisione del Consiglio di Stato – 3. Osservazioni

* Sottoposto a referaggio.

1. La vicenda processuale

Il presente elaborato muove da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, nello specifico la n. 7870 del 21 agosto 2023.

Tale sentenza riveste particolare interesse per il profilo che essa è chiamata ad esaminare, attinente ai casi di applicabilità del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale, mediante il quale – in applicazione del principio di leale collaborazione tra soggetti privati e pubblica amministrazione¹ – viene consentito all'operatore economico di colmare lacune o correggere errori e inesattezze nella formulazione dell'offerta oppure nella documentazione allegata alla medesima, così da evitare l'adozione di un provvedimento negativo nei confronti del concorrente per il solo fatto che i documenti prodotti siano incompleti o irregolari².

Il caso di cui si è occupata la V Sezione del Consiglio di Stato ha avuto origine da una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara – ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 – indetta dal Ministero della Giustizia e finalizzata all'affidamento del servizio di digitalizzazione dei fascicoli giudiziari per gli anni 2016-2026 di Tribunali, Corti d'Appello e Corte di Cassazione.

Il capitolato della summenzionata gara richiedeva, con riferimento ai requisiti di partecipazione, che all'interno del gruppo operativo incaricato dello svolgimento del servizio alcune figure professionali – nello specifico, il responsabile unico e il coordinatore del servizio di acquisizione documentale per ciascun distretto giudiziario – fossero in possesso della laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali o “*equivalenti*”.

Sul punto, a seguito di apposito quesito, la stazione appaltante chiariva che sarebbero stati ritenuti idonei anche i titoli di studio “*equipollenti*”, in ordine ai quali avrebbe trovato applicazione la normativa specifica dettata in materia.

Dunque, ai fini della partecipazione alla procedura negoziata, era necessario che, in fase di offerta, ogni operatore economico presentasse obbligatoriamente i curricula anonimi dei soggetti individuati quali coordinatore e responsabile del servizio, allegando i titoli accademici richiesti nel capitolato di gara.

1. Corollari, a loro volta, del principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione) e di buona fede (introdotto dall'art. 1, comma 2-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241). Siffatta impostazione risulta confermata e consacrata anche a livello normativo, con l'inserimento nell'art. 1, comma 2-bis, della l. 241/1990 della previsione secondo la quale “i rapporti tra cittadini e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”. In proposito, si vedano A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 2023; M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017.
2. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale diritto amministrativo*, Roma, 2021; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2011.

Tra le varie offerte pervenute figurava anche quella della ricorrente, nei cui confronti veniva attivato il procedimento di soccorso istruttorio, mediante il quale veniva richiesto all'impresa di produrre la certificazione di equipollenza della laurea straniera posseduta dal soggetto individuato quale responsabile del servizio, ai sensi della legge 11 luglio 2002 n. 148.

A riscontro di tale istanza la società replicava di non essere in possesso di tale attestazione – pur avendola già richiesta – e dichiarava di poter indicare, per la medesima posizione, un diverso soggetto munito di laurea italiana.

L'Amministrazione riteneva, però, che sia la produzione dell'attestato di equipollenza ottenuto solo in seguito alla partecipazione alla gara, sia la sostituzione dell'originario responsabile del servizio con un altro soggetto, avrebbero determinato un superamento dei limiti imposti dalla disciplina del soccorso istruttorio e, dunque, provvedeva ad escludere definitivamente l'impresa per carenza insanabile di un requisito tecnico (*“trattandosi di requisito di partecipazione relativo alla capacità tecnico professionale, come indicato al punto 8.3 del Disciplinare di gara, il mancato possesso [...] non [fosse] sanabile con soccorso istruttorio”*).

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato dalla società con ricorso presentato dinanzi al TAR Lazio, il quale, con la sentenza n. 13055/2022, lo rigettava: in primo luogo, poiché, ai sensi della legge 148/2002, per il conferimento di valore legale ai titoli accademici conseguiti all'estero è sempre necessario proporre istanza e conseguire l'attestazione di equipollenza del titolo in questione; in secondo luogo, perché la mancanza della certificazione di equipollenza non poteva comunque essere sanata mediante l'istituto del soccorso istruttorio, in ragione del principio di immodificabilità dell'offerta, trattandosi di documentazione attinente allo specifico requisito tecnico-professionale richiesto per la partecipazione alla gara.

La decisione *de qua* veniva poi impugnata dalla predetta società dinanzi al Consiglio di Stato, che pronunciava definitivamente sulla questione con la sentenza in commento.

2. La decisione del Consiglio di Stato

La questione centrale è stata oggetto di approfondimento da parte del Consiglio di Stato, che, partendo dall'ipotesi per cui è causa, ha fornito la propria interpretazione dell'istituto del soccorso istruttorio, analizzandone e comparandone la formulazione nel precedente Codice dei contratti pubblici con l'attuale disciplina rintracciabile nel decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Anzitutto, il Consiglio ha ritenuto non persuasiva la ricostruzione offerta dall'appellante, condividendo, invece, l'argomentazione fatta propria dal TAR Lazio.

In particolare, il giudice di secondo grado ha evidenziato che il capitolato speciale della gara oggetto di controversia ha previsto la creazione di un apposito gruppo di lavoro, comprendente un responsabile unico e un coordinatore del servizio, per i quali definiva altresì specifici requisiti di capacità tecnico-professionale, con riguardo alle esperienze pregresse, alle competenze acquisite e ai titoli di studio conseguiti. Relativamente a questi ultimi, era in particolare richiesta la laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali o equivalenti.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha precisato che la clausola di equivalenza fosse “*sintatticamente*” riferita non alla laurea, ma alle discipline e dunque che tale previsione era da intendersi nel senso che il titolo accademico dovesse afferire all’ambito tecnico-scientifico o economico-gestionale oppure ad ambiti equivalenti.

Parimenti, risultava evidente che l’indicazione del titolo di studio implicava il requisito della validità del medesimo; ciò – in relazione alle lauree conseguite all’estero – postulava uno “*specifico e qualificato accertamento [...] della sostanziale omogeneità, adeguatezza e comparabilità dei percorsi formativi e delle modalità della relativa verifica*” e una “*pedissequa e formale certificazione ufficiale, di equipollenza*”, così come previsto dalla legge 11 luglio 2002 n. 148, nonché dalla legge 25 gennaio 2006 n. 29.

Pertanto, doveva essere letto in questa prospettiva il chiarimento prestato dalla stazione appaltante su cosa potesse essere ricompreso nella dicitura “*equivalenti*” e se una laurea di diversa tipologia, sussistendo tutti gli altri requisiti, comportasse comunque l’esclusione dalla gara.

A riscontro dei suddetti quesiti, il committente aveva fornito un elenco dettagliato delle lauree che sarebbero state ritenute idonee, integrando la precedente indicazione con la previsione della valutazione anche dei titoli equipollenti.

In sintesi, con il suddetto chiarimento, l’Amministrazione era intervenuta per colmare l’indeterminatezza del bando relativamente alla valutazione dei titoli di studio e all’equivalenza degli ambiti disciplinari, chiarendo che avrebbe tenuto conto di ogni titolo equipollente (oltre alla laurea magistrale espressamente richiesta), verificandolo sulla scorta della normativa generale prevista in materia³.

In quest’ottica era allora corretta la valutazione del giudice di prime cure secondo la quale la stazione appaltante ha compiuto una legittima eterointegrazione del capitolato di gara, che risolvendosi, di fatto, nella “*prefigurazione più ampia e comprensiva (in senso qualitativo o quantitativo) dei requisiti di accesso alla procedura di gara [...] 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*

3. L’equipollenza, ovvero il riconoscimento accademico dei titoli di studio esteri, è il provvedimento mediante il quale i singoli Atenei italiani attribuiscono a un titolo di studio conseguito all’estero lo stesso valore legale di un titolo accademico presente nell’ordinamento interno. Essa viene rilasciata a specifiche condizioni – valutate dalle autorità accademiche competenti – esclusivamente dagli Atenei italiani, presso i quali deve essere presentata domanda. Invece, per equivalenza si intende il riconoscimento finalizzato dei titoli di studio esteri, effettuato attraverso uno specifico provvedimento (rilasciato solo per il motivo indicato e valido solo se utilizzato a quel fine), in ordine a determinate casistiche previste dall’art. 38 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, dal decreto del Presidente della Repubblica 30 luglio 2009 n. 189 e dall’art. 12 della legge 25 gennaio 2006 n. 29 (gli ultimi due riferimenti normativi riguardano: il primo, la procedura di riconoscimento di titoli acquisiti nei paesi aderenti alla convenzione di Lisbona dell’11 aprile 1997; il secondo, la procedura di valutazione della corrispondenza di titoli e certificazioni comunitarie acquisiti nell’Unione europea, negli Stati aderenti all’Accordo sullo spazio economico europeo o nella Confederazione elvetica).

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)”.

Inoltre, il richiamo alla legge 148/2002 non poteva essere inteso – come preteso dalla ricorrente al fine di aggirare l’esclusione dalla procedura negoziata – nel senso che, fermo restando l’obbligo di allegazione del titolo nei curricula dei dipendenti, sarebbe stato onere del committente attivarsi per acquisire la certificazione di equipollenza.

Invero, tale rimando doveva intendersi esclusivamente limitato all’integrazione della regola di equipollenza dei titoli di studio allegati all’offerta, titoli che devono necessariamente preesistere rispetto alla gara nella quale vengono spesi.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla attivata procedura di soccorso istruttorio, affermando che *“deve [...] escludersi – sotto distinto profilo – la possibilità di supplire alla carenza della attestazione di equipollenza con il soccorso istruttorio (ai fini di surrogazione della risorsa)”*.

Per giungere a tale conclusione, detto giudice ha analizzato in termini generali l’istituto in questione. Innanzitutto, ha osservato che si tratta di uno strumento che realizza concretamente i principi di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici e che risponde a una fondamentale *“direttiva antiformalistica”* dell’azione dei soggetti pubblici, dal momento che evita che le rigorose formalità previste per la partecipazione a una gara pubblica si risolvano in un *“pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell’attività amministrativa”*.

In questa prospettiva, il D.lgs. 36/2023 ha ampliato la portata e la centralità del soccorso istruttorio, dedicandovi un’autonoma e più articolata disposizione (l’art. 101 del citato decreto legislativo), superando talune incertezze diffuse nella sua applicazione operativa.

Allo stesso tempo, però, tale modifica ha aperto la strada al rischio di un possibile conflitto con il canone di autoresponsabilità⁴, il quale impone agli operatori economici un preciso dovere di diligenza e un puntuale rispetto delle formalità procedimentali, utili a evitare tutti gli aggravii connessi con la rimessione in termini per l’integrazione della documentazione allegata all’offerta.

Difatti, pur essendo il soccorso istruttorio espressione del principio del *favor participationis*, non può risolversi in uno strumento di indebito vantaggio per un concorrente a discapito degli altri e in una forma di abuso e violazione dei principi di buona fede e di concorrenza⁵.

4. L’operatore economico che partecipa a una gara pubblica è tenuto al rispetto di particolari obblighi di diligenza nei confronti dell’Amministrazione. Dalla mancata osservanza di tali doveri di diligenza deriva la diretta responsabilità dei concorrenti per eventuali errori commessi dai medesimi. Sul punto, anche la giurisprudenza amministrativa fa ricorso al generale canone di autoresponsabilità per addebitare al concorrente le conseguenze degli errori commessi nella formulazione dell’offerta o nella presentazione della documentazione ad essa allegata, sostenendo che: *“Nell’ambito delle gare pubbliche è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, a quanto previsto dal bando di gara e alle norme tecniche. L’erroneo utilizzo rimane a rischio del partecipante”* (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 7507/2021; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1540/2021; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4795/2020).

5. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che ogni stazione appaltante mira ad una larga par-

Sul punto, gli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi fanno leva sul suindicato canone in ragione del fatto che in presenza di una violazione da parte di un concorrente di una clausola di bando chiara e inequivoca, il soccorso istruttorio non è praticabile, poiché la sanatoria di documentazione incompleta o insufficiente costituirebbe una palese violazione del principio di *par condicio*⁶.

In forza del canone di autoresponsabilità, quindi, chiunque si rapporti con la pubblica amministrazione per il soddisfacimento di un suo interesse pretensivo, è tenuto all'osservanza di una specifica diligenza, cui consegue la sopportazione delle conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione (in particolare, quando si è in presenza di una previsione chiara), nonché in caso di inadempimenti procedurali o di omessa allegazione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis*⁷.

Dunque, l'errore soccorribile è quello che emerge in maniera evidente, senza alcun bisogno di ulteriore attività di ricostruzione della volontà del concorrente, la cui offerta, nonostante l'omissione o l'errore, deve rimanere facilmente individuabile.

Tornando ora alla normativa in materia, tanto il Consiglio di Stato, quanto il legislatore – all'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici – hanno operato una distinzione tra:

tecipazione alla gara che ha indetto “per conseguirne il più conveniente esito” (così N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in www.giustamm.it, n. 5, 2013; C. VOLPE, *Bandi di gara e inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di) R. VILLATA, Padova, 2004; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 26 settembre 2013 n. 4760). Tale interesse, cui il soccorso istruttorio è ispirato, deve però essere bilanciato e confrontato con tutti i principi applicabili in materia, tra i quali – appunto – l'autoresponsabilità e la concorrenza (D. COSTAGEORGOS, *Il soccorso istruttorio: delicato equilibrio tra contrapposti principi*, in *Riv. Corte dei Conti*, n. 2, 2022, p. 110 ss.).

6. “In presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte del concorrente, l'invito all'integrazione costituirebbe una palese violazione del principio di *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso dei requisiti di ammissione e/o dei titoli [...] da parte del concorrente, che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, le relative dichiarazioni e/o documentazioni conformi al bando” (T.A.R. Campania, sez. IV, sentenza 7 dicembre 2021 n. 7884; T.A.R. Calabria, sez. II, sentenza 30 settembre 2021 n. 1668; T.A.R. Puglia, sez. I, sentenza 4 marzo 2019 n. 324. In dottrina si veda S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959).
7. Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2014 n. 9: “Per meglio definire il perimetro del “soccorso istruttorio” è necessario distinguere tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale”: la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi”.

- a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a), mediante il quale – in termini essenzialmente quantitativi – si procede al recupero di carenze della documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con specifica esclusione della documentazione inerente l’offerta, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo economico), purché si tratti di documenti acquisibili direttamente dalla stazione appaltante tramite accesso al fascicolo virtuale dell’operatore economico;
- b) soccorso sanante (comma 1, lettera b), attraverso cui – in termini in questo caso qualitativi – è consentito rimediare a omissioni, inesattezze o irregolarità della documentazione amministrativa, purché con esso non si vogliano recuperare documenti di imputazione soggettiva incerta, che hanno determinato l’inammissibilità della proposta alla quale sono riferiti;
- c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che consente alla stazione appaltante di sollecitare chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, in modo tale da consentirne l’esatta acquisizione e pervenire a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto dal concorrente (fermo restando il divieto di apportare qualunque modifica all’offerta, nel rispetto del principio della *par condicio* tra i partecipanti alla gara);
- d) soccorso correttivo (comma 4), fattispecie introdotta dal D.lgs. 36/2023 (e, come tale, insuscettibile di applicazione retroattiva), attraverso la quale – prescindendosi dall’iniziativa e dall’impulso del committente – è direttamente l’operatore economico, fino al giorno di apertura delle offerte, a rettificare errori che inficiano materialmente il contenuto delle offerte stesse, con il preciso limite del rispetto dell’anonimato e dell’immodificabilità sostanziale del contenuto.

La norma in esame, inoltre, precisa che sono soccorribili (purché documentabili con atti di data certa e anteriore al termine di presentazione delle offerte e purché si tratti di un’omissione meramente formale e non di una originaria carenza sostanziale): la mancata presentazione della garanzia provvisoria, l’omessa allegazione del contratto di avvalimento, nonché la carenza dell’impegno al conferimento del mandato collettivo speciale, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo.

Sotto un profilo operativo, infine, l’art. 101 specifica che l’operatore economico ha un termine non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni entro il quale può integrare o sanare (a pena di esclusione dalla gara ex comma 4 della medesima disposizione) la documentazione amministrativa oppure chiarire, nei termini e nei limiti della specifica richiesta, la portata della propria offerta.

Dall’analisi della summenzionata disposizione è evidente, dunque, la volontà del legislatore di ampliare l’ambito applicativo del soccorso istruttorio, con tutte le possibili conseguenze – già ricordate – in tema di autoresponsabilità e *par condicio* tra operatori economici.

Tanto precisato, passando a raffrontare le sopra esposte caratteristiche alla vicenda oggetto del giudizio, il Consiglio di Stato ha concluso che non sono soccorribili gli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell’offerta tecnica o economica⁸.

8. “Deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell’offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa” (sentenza in commento).

Diversamente, si finirebbe per violare il principio di parità dei concorrenti.

Sono, quindi, emendabili mediante il soccorso istruttorio le carenze o le irregolarità che *attengono all'allegazione dei "requisiti di ordine generale"* (quelli cioè riferiti soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), ma non quelle inerenti ai *"requisiti di ordine speciale"*, in quanto questi ultimi vengono a strutturare i termini dell'offerta con riferimento alle capacità tecniche, economiche e professionali necessarie per l'esecuzione delle prestazioni.

In sintesi, il Consiglio di Stato afferma che sono soccorribili la documentazione amministrativa e le carenze nell'allegazione dei requisiti di ordine generale, mentre non sono emendabili quelle nell'allegazione dei requisiti di ordine speciale – *"in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta"* – né è sanabile la documentazione che integra l'offerta tecnica ed economica.

Ne deriva che, nel caso di specie, posto che al momento della presentazione dell'offerta l'impresa non possedeva la certificazione di equipollenza della laurea estera della risorsa individuata quale responsabile del servizio, il soccorso istruttorio non era praticabile, proprio perché tale offerta era carente nei requisiti di ordine speciale.

Invero, ammettere l'allegazione postuma dell'attestazione di equipollenza o la sostituzione dell'originario responsabile con un altro soggetto in possesso di titolo di studio idoneo, avrebbe significato legittimare la vietata modifica dei termini dell'offerta.

Tuttavia, appare opportuno evidenziare che, nell'operare la distinzione appena ricordata, il Consiglio di Stato non ha effettuato una spiegazione sufficientemente esaustiva.

Non si comprende, infatti, in che modo i requisiti di ordine speciale possano essere ritenuti idonei a strutturare i termini dell'offerta tecnica ed economica – diventandone addirittura parte integrante – e, per tale ragione, non essere soccorribili.

Difatti, tutti i requisiti di partecipazione, tanto quelli di carattere generale, quanto quelli di carattere speciale, sono elementi ben distinti dall'offerta e per questo la loro eventuale modifica o integrazione non è in grado di determinare automaticamente qualsivoglia lesione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Tale impostazione rischia dunque di confondere le pubbliche amministrazioni che fanno ricorso al soccorso istruttorio e che spesso si trovano di fronte a distinzioni non ben delineate tra integrazioni documentabili ammissibili e non ammissibili⁹.

Tuttavia, non può negarsi che una più prudente interpretazione giurisprudenziale dell'istituto in parola sia utile a compensare l'estesa portata che il legislatore ha conferito allo stesso in seguito alle modifiche del Codice dei contratti pubblici; portata che – come più volte evidenziato – presenta possibili profili di conflitto non solo con il canone di autoresponsabilità, ma anche con i principi di *par condicio* e parità di trattamento degli operatori economici.

9. È questo il caso, ad esempio, della non chiara differenza tra documentazione integrativa e specificativa e documentazione aggiuntiva e ulteriore, che risultano, rispettivamente, ammessa ed esclusa. Infatti, il Consiglio di Stato in molteplici pronunce ha soltanto ribadito che l'operatore economico nel corso della procedura di gara può dimostrare che la propria offerta era, fin dalla sua presentazione, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* anche mediante la presentazione di documenti che, però, devono limitarsi a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta, senza apportarvi condizioni e integrazioni.

3. Osservazioni

Alla luce di quanto fin qui esposto, appare opportuno analizzare la fattispecie oggetto della controversia e inquadrarne i presupposti e l'operatività, anche alla luce delle modifiche operate dal D.lgs. 36/2023.

Il soccorso istruttorio costituisce uno strumento che l'Amministrazione utilizza per consentire agli operatori economici di integrare o regolarizzare carenze nella documentazione o nell'offerta, al fine di garantire la tutela della buona fede e dell'affidamento dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere pubblico, nonché dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, di semplificazione e non aggravamento del procedimento.

La scelta del miglior contraente, infatti, non può essere pregiudicata da mere irregolarità¹⁰ risolvibili mediante l'instaurazione di un dialogo con i privati e, per tale ragione, l'istituto in questione permette di evitare l'adozione di un provvedimento negativo per il solo fatto che i documenti allegati all'offerta da parte del concorrente siano incompleti oppure presentino inesattezze o irregolarità. Il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale che ha trovato la propria disposizione di riferimento nel quadro normativo nazionale nella norma sulla partecipazione nel procedimento amministrativo; partecipazione intesa – a sua volta – quale principio generale dell'ordinamento giuridico¹¹.

Nello specifico, l'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 7 agosto 1990 n. 241¹² stabilisce che il responsabile del procedimento “può” chiedere il rilascio o la rettifica di dichiarazioni, istanze erranee o incomplete, nonché esperire accertamenti tecnici, ispezioni e ordinare l'esibizione di documenti.

Nonostante il tenore testuale della su citata disposizione, è ormai pacifico in giurisprudenza che il soccorso istruttorio non rappresenti una mera facoltà in capo all'Amministrazione, bensì un vero e proprio dovere¹³, sul presupposto che si tratti di un istituto funzionale a superare i formalismi insiti nelle procedure ad evidenza pubblica (e che potrebbero pregiudicare il pieno raggiungimento

10. Il soccorso istruttorio è attivabile solo nei casi di mere carenze formali, non sostanziali, in quanto la scelta del migliore contraente “non può venire pregiudicata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato non risultasse vincitore per un refuso facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione” (in proposito, di recente, T.A.R. Campania, sez. II, sentenza 12 gennaio 2022 n. 36).

11. M. RICCIARDO CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Il Foro Amm.*, 2015, p. 1312; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2017, p. 573 ss.; A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. Amm.*, 2023, p. 193 ss.

12. “Il responsabile del procedimento: [...] b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”.

13. Così Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 21 ottobre 2022 n. 5055; Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2014 n. 9; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 3 settembre 2014 n. 4494; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 16 luglio 2007 n. 4027; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 marzo 2006 n. 1068; T.A.R. Lazio, sez. II, sentenza 24 dicembre 2022 n. 17536; T.A.R. Lombardia, sez. I, sentenza 8 febbraio 2022 n. 289; T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza 21

dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante e la qualità delle proposte negoziali in competizione¹⁴) e di una concreta manifestazione dei principi di leale collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione, di buona fede e di buon andamento dell'azione amministrativa¹⁵.

Il soccorso istruttorio è stato inizialmente previsto dalla direttiva europea 71/305/CEE e successivamente introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, al cui interno la disciplina era rintracciabile nel combinato disposto degli articoli 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter¹⁶.

Una precisa sistemazione all'istituto in questione verrà trovata soltanto con l'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, precisamente all'art. 83, comma 9¹⁷.

gennaio 2016 n. 715; T.A.R. Toscana, sez. III, sentenza 10 marzo 2015 n. 375. In dottrina, si vedano F. LACAVALA, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, (a cura di) F. SAITTA, Padova, 2008; B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, p. 1193 ss.; F. APEIRO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio* in M. A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 234: "Il tenore della legge delega (che, come anticipato, prevedeva l'attribuzione ai partecipanti della "piena possibilità di integrazione documentale non onerosa") e dell'art. 83, comma 9 (che, al secondo periodo, utilizza il tempo indicativo presente tipico delle prescrizioni obbligatorie) consentono di affermare la doverosità dell'attivazione del soccorso istruttorio alla ricorrenza delle fattispecie previste dalla legge".

14. Ratio dell'istituto è, infatti, quella di ampliare la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica, in ossequio al principio del *favor participationis*, limitando i casi di esclusione degli operatori economici dalla gara solo in presenza di carenze sostanziali e gravi (vedasi in proposito Consiglio di Stato, sentenza n. 1308/2022: "l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici. Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza"). Invero, la disciplina delle procedure di gara non deve essere concepita "come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 2 marzo 2017 n. 975).

15. Tale impostazione risulta confermata anche a livello normativo, con l'inserimento all'art. 1, comma 2-bis, della legge 241/1990 (operato dall'art. 12, comma 1, della legge 11 settembre 2020 n. 120) della previsione secondo la quale "i rapporti tra cittadini e la pubblica amministrazione sono improntati i principi della collaborazione e della buona fede".

16. Commi introdotti dall'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 (*Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*), quali risultato del recepimento dell'art. 56, par. 3, della direttiva 24/2014/UE (*Direttiva Appalti*) all'interno dell'ordinamento italiano.

17. Ai sensi del quale: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) il legislatore ha inteso ampliare la portata normativa dell'istituto in commento, introducendo una serie di novità volte a semplificare e a chiarire profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative nel corso del tempo, definendone compiutamente ambito di applicazione e caratteristiche.

A dire il vero, ad aver influito sull'acquisita centralità del soccorso istruttorio è stata anzitutto la riforma del 2014 degli articoli 38 e 46 del D.lgs. n. 163/2006, mediante la quale è stata ampliata l'operatività dello stesso, al preciso scopo di ridurre il contenzioso in materia di appalti.

Difatti il soccorso istruttorio rappresenta un efficace strumento di deflazione del contenzioso, atteso che la possibilità per i soggetti privati di regolarizzare la carente documentazione originariamente prodotta evita la formulazione di censure formalistiche avverso la stessa¹⁸.

Mediante tale novella, dunque, è stata superata l'originaria e restrittiva interpretazione in base alla quale il soccorso istruttorio non poteva in alcun caso consentire la produzione tardiva di documenti che avrebbero dovuto essere allegati entro il termine per la presentazione delle offerte, giungendo al punto di riconoscere la facoltà dei concorrenti di integrare la documentazione carente – rimediando così alla sua irregolarità – e di affermare che l'incompletezza e la mancanza delle autocertificazioni (con cui i partecipanti alla gara attestano il possesso dei requisiti di ordine generale) non possono essere sanzionate automaticamente con esclusione degli stessi dalla gara¹⁹. La suddetta impostazione è stata poi recepita anche dal Codice dei contratti pubblici del 2016 – il quale all'art. 83, comma 9 prevedeva espressamente che il soccorso istruttorio consente di sanare “*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*” – e confermata altresì dal Codice del 2023.

L'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 stabiliva essenzialmente la sanabilità di qualunque elemento formale della domanda di partecipazione alla gara pubblica, nonché di ogni altra irregolarità essenziale della documentazione allegata alla predetta domanda (ad eccezione di quella riguardante

procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

18. ANAC, *Determinazione n. 1*, 8 gennaio 2015, *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*; F. SAITTA, *Brevi considerazioni sul prospettato rafforzamento del ruolo dell'A.N.A.C. (a margine dell'art. 1, comma 1, lett. t), del disegno di legge delega per l'attuazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in www.dirittoamministrativo.org, p. 3 ss.; M.A. SANDULLI, *Il D.L. 25 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in *Federalismi*, 2014; R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 11, 2014, p. 1157 ss.; M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 9, 2014.

19. P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in *Riv. di dir. pubbl.*, n. 7, 2014.

l'offerta economica e tecnica) e, infine, la non sanabilità di carenze tali da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa²⁰.

In proposito, la giurisprudenza ha presto aperto a una interpretazione più estensiva della norma in questione, consentendo il ricorso al soccorso istruttorio in caso di mancanze o incompletezze dell'offerta tecnica ed economica rimediabili fornendo meri chiarimenti oppure correggendo errori materiali palesi, purché il contenuto dell'offerta restasse inalterato.

Tale orientamento ha, così, condotto alla creazione del "soccorso procedimentale", mediante il quale – come detto – potevano essere sanati errori e carenze afferenti alla parte tecnica ed economica dell'offerta²¹.

Il progressivo consolidamento della suindicata tipologia di soccorso ha indotto il legislatore a fornire una specifica disciplina nel comma terzo dell'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici. A ben vedere, però, la disposizione appena citata, pur disciplinando espressamente il soccorso procedimentale, fa residuare alcune perplessità sul medesimo.

Nello specifico, la norma prevede che l'Amministrazione può richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica ed economica e su ogni loro allegato e che il privato può sanare qualunque omissione o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla gara, ad esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica ed economica, senza tuttavia specificare meglio quale sia la differenza tra l'ammessa richiesta di chiarimenti e la vietata sanatoria di "omissioni, inesattezze e irregolarità".

Dal confronto fra l'art. 101 del D.lgs. 36/2023²² e l'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 emergono chiaramente delle differenze: in primo luogo, il legislatore non opera più la distinzione fra irregolarità essenziali e non essenziali che connotava la previgente normativa, siccome foriera di incertezze applicative e operative.

Invero, il legislatore operava la summenzionata distinzione, senza però dare una compiuta definizione delle due tipologie di irregolarità e favorendo così un'applicazione disomogenea della disciplina in materia.

20. L'art. 33 dello schema di decreto correttivo ha modificato il testo dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 nell'ottica di consentire "la massima estensione applicativa dell'istituto del soccorso istruttorio, con l'unico limite di escludere la regolarizzabilità delle carenze dell'offerta tecnica ed economica". In particolare, ha introdotto la precisazione che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. F. APEIRO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M. A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

21. Senza che ciò consentisse all'operatore economico di esprimere una volontà negoziale diversa e ulteriore rispetto a quella cristallizzata nell'offerta già precedentemente presentata. In proposito, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 13 dicembre 2018 n. 7039; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 aprile 2019 n. 2219; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 ottobre 2022 n. 8481.

22. "1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque

In proposito, è intervenuta l'Autorità Anticorruzione²³, che ha fornito delle linee interpretative con le quali ha precisato che le mancanze essenziali sono quelle che comportano l'impossibilità di verificare se gli operatori economici possiedono i requisiti richiesti dalla legge per la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica. In questo caso, la stazione appaltante assegnava al concorrente un termine affinché egli rendesse, integrasse o regolarizzasse le dichiarazioni necessarie e, inutilmente decorso il termine, il medesimo concorrente veniva escluso dalla gara. Le irregolarità non essenziali invece riguardavano la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili per la partecipazione alla gara e per esse la stazione appaltante non aveva l'onere di richiedere la regolarizzazione.

Dunque, nell'ottica del principio del *favor participationis*²⁴, ciò che rilevava ai fini della partecipazione alla gara pubblica era l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non la presenza o il contenuto delle dichiarazioni con cui i medesimi concorrenti attestavano il possesso dei requisiti di partecipazione.

Di fatto, però, tale distinzione non è mai stata oggetto di una puntuale revisione legislativa e, dunque, il Codice del 2023 non ha optato per una sua riproposizione.

In secondo luogo, viene sancito l'obbligo per la stazione appaltante di verificare se la documentazione mancante sia presente all'interno del fascicolo virtuale dell'operatore economico

giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. 2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara. 3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. 4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".

23. ANAC, *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Determinazione 8 gennaio 2015 n. 1.

24. In tal senso sembra orientata anche l'impostazione europea in tema di concorrenza, in coerenza con i principi di effettività ed efficienza. Infatti a livello eurolunitario vi è una tutela della libera concorrenza basata sull'assenza di formalismi – ispirata ai principi del *favor participationis*, di efficienza, di efficacia – nella quale l'esclusione dalla gara costituisce l'*extrema ratio*.

(F.V.O.E.), ovvero sia il supporto informatico sul quale gli operatori economici possono caricare i documenti dimostranti i propri requisiti di idoneità di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici e mediante il quale le stazioni appaltanti verificano – appunto – il possesso dei requisiti necessari alla partecipazione a una determinata procedura²⁵.

Solo in caso di esito negativo dei predetti controlli, l'Amministrazione potrà ricorrere al soccorso istruttorio²⁶.

In terzo luogo, come rilevato altresì dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, l'art. 101 delinea quattro tipologie di soccorso istruttorio (integrativo – sanante – procedimentale – correttivo) alcune delle quali aventi una significativa portata innovativa rispetto alla precedente disposizione di legge.

In particolare, mediante il soccorso istruttorio correttivo (*ex art. 101, comma 4, D.lgs. 36/2023*) si dà, per la prima volta, la possibilità direttamente all'operatore economico di correggere un proprio errore materiale, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta.

In quarto luogo, l'art. 101 sancisce l'obbligatorietà dell'attivazione – quando ne ricorrono i presupposti – del soccorso integrativo (comma 1, lettera a) e di quello sanante (comma 1, lettera b), con la conseguente facoltatività del ricorso al soccorso procedimentale di cui al comma 3 (“*la stazione appaltante può sempre chiedere chiarimenti [...]*”).

In quinto e ultimo luogo, detto articolo, a differenza della previgente normativa, prevede un termine minimo da assegnare al concorrente per poter integrare o sanare la documentazione amministrativa (nel caso del soccorso integrativo e di quello sanante) oppure chiarire e illustrare il tenore della propria offerta (nell'ipotesi del soccorso procedimentale); nonché un termine minimo di 5 giorni per rispondere alle richieste di integrazione formulate dalla stazione appaltante (resta invece invariata la previsione del termine massimo pari a 10 giorni).

A tal proposito, dalla lettura della disposizione si evince che, nelle ipotesi di soccorso integrativo o sanante²⁷, qualora l'operatore economico non dovesse rispettare i suindicati termini, verrà escluso dalla gara.

25. Il fascicolo virtuale è disciplinato dalla delibera 20 giugno 2023 n. 262, sebbene già la legge 29 luglio 2021 n. 108 (c.d. *Decreto semplificazioni bis*), prevedeva che presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici fosse istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico, nel quale inserire i dati per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione dalla gara, nonché tutti i documenti attestanti i requisiti di idoneità, i quali, in sede di partecipazione alle gare, sarebbero stati valutati dalla stazione appaltante.

26. In linea con le esigenze di semplificazione amministrativa e con il divieto di aggravamento del procedimento, in ossequio a quanto sancito dall'art. 1, comma 2 e dall'art. 18, comma 2 della legge 241/1990 (sul punto, TAR Lazio, sez. IV, sentenza 26 settembre 2023 n. 14255; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 dicembre 2011 n. 6947; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 luglio 2007 n. 4011; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27 luglio 2017 n. 3698).

27. La relazione al nuovo Codice degli appalti chiarisce che il mancato o non tempestivo riscontro alle richieste di integrazione della documentazione allegata all'offerta può dar luogo all'immediata espulsione dell'operatore economico, decorso il termine assegnato; e ciò rappresenta non una sanzione dell'inadempimento, ma una conseguenza dell'inidoneità dell'offerta presentata.

Diverso appare, invece, il caso del soccorso procedimentale, cui la norma non sembra ricondurre alcun automatismo espulsivo²⁸.

Tornando, infine, al caso oggetto della sentenza in commento, emerge un ulteriore elemento di cui tener conto nell'applicazione dell'istituto in parola, ossia che lo stesso può operare soltanto con riferimento ai requisiti generali richiesti per la partecipazione alla procedura a evidenza pubblica, ma non in relazione ai requisiti speciali; requisiti questi ultimi che strutturano i termini dell'offerta quanto alle capacità tecniche, economiche e professionali necessarie per l'esecuzione delle prestazioni²⁹.

Infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che utilizzare il soccorso istruttorio per emendare carenze relative ai requisiti speciali comporterebbe una violazione del principio di immodificabilità dell'offerta (nel caso di specie dell'offerta tecnica), senza tuttavia spiegare compiutamente – come già detto in precedenza – in che modo i requisiti di ordine speciale possano essere parte integrante dei termini dell'offerta tecnica ed economica ed essere, per questo, non emendabili mediante il soccorso istruttorio.

Tanto detto, dalla disamina della vigente normativa sul soccorso istruttorio è chiara la volontà del legislatore di ampliare l'ambito applicativo dello stesso, con tutte le possibili conseguenze – già ricordate – in tema di autoresponsabilità e parità di trattamento tra operatori economici.

In considerazione di tutto quanto fin qui esposto, si può dunque concludere affermando che il soccorso istruttorio rappresenta un efficace modulo relazionale tra la pubblica amministrazione e i soggetti privati e che la novellata disciplina in materia – pur se con la serie di evidenziate e non ancora risolte incertezze – è senza dubbio funzionale alla realizzazione dei principi generali del risultato e della fiducia introdotti dal nuovo Codice dei contratti pubblici³⁰, nonché di quelli già consolidati della massima partecipazione alle procedure a evidenza pubblica, di tutela della

28. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato proprio nella sentenza in commento.

29. *“Deve anche escludersi – sotto distinto profilo – la possibilità di supplire alla carenza della attestazione di equipollenza con il soccorso istruttorio (ai fini di surrogazione della risorsa) [...] deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara) [...] Ammettendo, perciò, come pretenderebbe l'appellante (non tanto la formale sostituzione del curriculum, quanto) la indicazione di un diverso titolo di studio, riferito a diversa figura professionale, significherebbe legittimare la modifica (sotto il profilo soggettivo, relativamente alla manodopera impegnata) dei termini dell'offerta”.*

30. Previsti, rispettivamente agli articoli 1 e 2 del D.lgs. 36/2023. Art. 1: *“1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed ese-*

buona fede e dell'affidamento dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere pubblico, di buon andamento, di parità di trattamento, di imparzialità, di semplificazione e non aggravamento del procedimento, nell'ottica di deflazione del contenzioso in materia di affidamento di lavori e servizi pubblici.

guire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva»; art. 2: "1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Il principio del risultato, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7°.