

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO

Excursus normativo

Il soccorso istruttorio procedimentale e il soccorso istruttorio processuale

Delibera dell'ANAC 8 settembre 2021, n.605 sui limiti del soccorso istruttorio nelle gare

Limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio

Soccorso istruttorio e garanzia provvisoria

Recenti orientamenti giurisprudenziali

Excursus normativo

Il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione con riferimento ad ogni procedimento amministrativo, non solo quindi nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, sebbene per queste ha una declinazione particolare.

L' **art.6, comma 1, lett. b) della L. n.241/1990** delinea gli adempimenti a carico del RUP per colmare carenze documentali, emendare errori o modificare dichiarazioni nella fase istruttoria volta all'adozione del provvedimento finale, e costituisce anche un parametro per valutare la legittimità della legge di gara.

Il dovere di soccorso istruttorio si colloca in un quadro ispirato ai principi del giusto procedimento e della massima acquisizione istruttoria, così come di semplificazione e di non aggravio del procedimento.

E' in linea con l'obbligo dell'amministrazione procedente, sancito dal Codice dell'amministrazione digitale (**D.Lgs. n.93/2005**), di acquisire d'ufficio tutte le informazioni possedute da altre pubbliche amministrazioni.

L'istituto è frutto della configurazione del rapporto tra privati e pubblica amministrazione in termini non più di contrapposizione, ma di collaborazione, senza però trasmodare in una sorta di deresponsabilizzazione dei privati, né in una violazione della “*par condicio*”, che altererebbe il giusto equilibrio.

Per quanto riguarda i contratti pubblici già la **Direttiva 71/305/CEE** lo prevedeva, ma nel nostro ordinamento ha trovato ingresso solo con il **D.Lgs. n.163/2006, all'art.46**, ed era inteso – cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria n.9 del 25.02.2014 – non come una facoltà ma come “*un doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti*”.

Il soccorso istruttorio era configurato come uno strumento di regolarizzazione documentale ma non di integrazione. Si ammetteva la puntualizzazione o il chiarimento di elementi già presenti nella documentazione presentata, così come la rettifica di errori materiali, ma non era consentita l'integrazione della documentazione.

Ne conseguiva quindi che la stazione appaltante avrebbe potuto legittimamente escludere il concorrente dalla gara, in caso di omissioni o incompletezze documentali.

Da qui la necessità del legislatore di intervenire con il **decreto legge n.70/2011** che ha aggiunto il **comma 1-bis all'art.46**, prevenendo in modo tassativo le clausole di esclusione e, quindi, andando ad incidere sulla discrezionalità della P.A. e delimitando il campo d'azione del soccorso istruttorio. La norma vietava, a pena di nullità, ulteriori previsioni di cause di esclusione nella *lex specialis*.

Con il **decreto legge n.90/2014, conv. dalla l. n.114/2014**, l'ambito applicativo è stato esteso con l'aggiunta nel Codice del **comma 2-bis all'art.38** e del **comma 1-ter all'art.46**, che ha “procedimentalizzato”

l'istituto del soccorso, rendendolo doveroso per ogni ipotesi di irregolarità o omissione degli elementi e delle dichiarazioni rese in sede di gara.

La disciplina attuale del “soccorso istruttorio” è contenuta nel **comma 9 dell'art 83 del D.Lgs. n.50/2016** che la lega alla trattazione dei “criteri di selezione” e che conferma essenzialmente il precedente assetto normativo, mantenendo la distinzione tra violazioni sanabili e non sanabili, oltre che tra irregolarità essenziali e non essenziali (per cui l'amministrazione non richiede alcuna regolarizzazione).

Permane, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale, il divieto di integrazione dell'offerta, restando insanabili le irregolarità concernenti l'offerta tecnica ed economica (mancanza, incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale) ed anche le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto reputato responsabile della stessa.

L'attuale comma 9 - come modificato dall'**art.52 del D.Lgs. n.56/2017** (c.d. Correttivo al Codice), che ha soppresso la sanzione pecuniaria ed escluso, a monte, l'esperibilità del soccorso istruttorio per le irregolarità non essenziali - dispone, infatti, che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la 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”*.

La *ratio* dell'istituto, che determina sicuramente un effetto deflattivo del contenzioso ed ancor prima evita ritardi nelle procedure di gara, è ispirata al “*favor participationis*”, alla tutela della concorrenza, non senza abdicare alla “*par condicio*”.

L'interesse perseguito è duplice, non solo quello del privato di evitare l'esclusione, ma anche quello della stazione appaltante di scegliere la migliore offerta, a fronte di vizi facilmente emendabili (cfr. **Consiglio di Stato, sentenza del 2.03.2017, n.975**).

Ovviamente è previsto un limite temporale (10 giorni) per sanare, mentre non è indicato una termine minimo, che comunque deve essere congruo, in relazione alle peculiarità del caso concreto e dunque proporzionato rispetto alle irregolarità riscontrate.

Il soccorso istruttorio procedimentale e il soccorso istruttorio processuale

Occorre anche considerare l'altro e diverso strumento del “soccorso istruttorio procedimentale” azionabile dal RUP per risolvere dei dubbi, per acquisire chiarimenti da parte del concorrente (senza che ciò comporti una inammissibile integrazione dell'offerta) volti a consentire l'esatta interpretazione e ricercare l'effettiva volontà del concorrente, con riferimento agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica (cfr. **Consiglio di Stato, sentenza del 9.02.2021, n.1225**).

Tale tipologia di soccorso va distinta dal “soccorso istruttorio” puro, sostanziale, che consente al concorrente di regolarizzare e integrare dichiarazioni, documenti ed elementi diversi da quelli essenziali dell'offerta tecnica ed economica, al fine di porre rimedio all'eventuale incompletezza, erroneità o carenza formale delle dichiarazioni e della documentazione

presentate in gara. Ciò ovviamente non consente al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La pronuncia offre un significativo contributo alla incessante opera di perimetrazione svolta dalla giurisprudenza sulla applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio.

Una particolare forma di soccorso istruttorio riguardante la fase successiva all'aggiudicazione è il c.d. "soccorso istruttorio processuale", non oggetto di previsione normativa, ma delineato dal **Consiglio di Stato** nelle **sentenze nn.975 e 976 del 2 marzo 2017**.

Si fa riferimento ai casi in cui la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso un'offerta carente, sotto il profilo formale, del supporto documentale necessario a provare il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente, limitatamente alle ipotesi però in cui la carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso della procedura di gara, non avrebbe determinato l'esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto all'amministrazione il ricorso al procedimento del soccorso istruttorio sostanziale.

Secondo il Consiglio di Stato tale istituto non viola la "par condicio", né comporta una integrazione dell'offerta non consentita, in quanto deve esserci prova dell'effettivo possesso del requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento, trattandosi quindi di un vizio solo formale e non sostanziale, con la conseguenza che la successiva integrazione comporta soltanto l'attestazione dell'esistenza di circostanze preesistenti.

D'altra parte, se si escludesse tale rimedio processuale non verrebbe ingiustificatamente consentito all'aggiudicataria di stipulare il contratto, pur

avendone i necessari requisiti e ciò la legittimerebbe ad avanzare una domanda risarcitoria nei confronti della stazione appaltante.

Per quanto concerne gli aspetti più squisitamente processuali il Consiglio di Stato ha chiarito che la questione non può essere rilevata d'ufficio, ma richiede un'iniziativa della parte interessata, l'aggiudicataria, che dovrà quindi dimostrare che, se il soccorso fosse stato attivato, l'esito della gara non sarebbe stato diverso, superando quindi la cd. "prova di resistenza".

A tale proposito è utile richiamare la sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 febbraio 2018, nn. C-523/16 e C-536/16, che si è pronunciata nel senso che la normativa europea non osta *“in linea di principio, ad una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta”*.

Alla luce della recente giurisprudenza si può quindi concludere che l'istituto del soccorso istruttorio può operare anche nel processo amministrativo, qualora non sia stato già attivato dalla stazione appaltante in sede di gara, a garanzia del principio di effettività della tutela, sempre nel rispetto dei canoni processuali, dei principi della domanda e dell'onere della prova, e purchè ricorrano gli stessi presupposti previsti dal comma 9 dell'art.83, per l'esercizio, in sede procedimentale, da parte della stazione appaltante.

In una parola, cambia quindi solo il soggetto "soccorritore", il Giudice in luogo dell'amministrazione.

E' innegabile ovviamente la specifica funzione difensiva che al contempo esplica il soccorso processuale, invocabile dall'impresa aggiudicataria che si sia vista impugnare l'aggiudicazione da altro concorrente, al fine di conseguirne l'esclusione.

Se la stazione appaltante non ha attivato il procedimento di soccorso, sarà il Giudice, su richiesta di parte, a verificare se il vizio sia solo formale (quindi il concorrente non doveva essere escluso o l'aggiudicazione definitiva è legittima) o riveste carattere sostanziale (con conseguente legittimità dell'esclusione o illegittimità dell'aggiudicazione, in quanto l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso fin dall'inizio della gara).

Diversamente, nel caso di soccorso istruttorio sostanziale previsto dal Codice dei contratti, per le irregolarità essenziali, vige un obbligo di attivare il procedimento di sanatoria; obbligo che non ricorre per l'istituto del soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo delineato dalla L. n.241/90, in cui si ha una facoltà dell'amministrazione.

Delibera dell'ANAC 8 settembre 2021, n.605 sui limiti del soccorso istruttorio nelle gare

L'ANAC nella delibera n.605/2021 si è espressa sui margini di applicazione del soccorso istruttorio ritenendo, con una pronuncia in parte innovativa, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante, affermando che la totale mancanza di indicazione, all'interno del DGUE (documento di gara unico europeo), dei servizi prestati nel decennio, integranti un requisito speciale di partecipazione richiesto dal bando, non può essere considerata un mero errore materiale o refuso, bensì un errore del quale il concorrente deve sopportare le conseguenze, per il generale "principio di autoresponsabilità", ed escludendo quindi la possibilità di utilizzare il soccorso istruttorio.

" ...VISTO quanto affermato dalla giurisprudenza con riguardo ai margini di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, in particolare laddove è stato precisato come tale rimedio sia volto sì a dare rilievo ai principi di favor participationis e della

semplificazione, all'interno, però, di limiti rigorosamente determinati, come quello discendente dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione”.

...La giurisprudenza ha anche puntualmente definito i limiti entro i quali l'errore materiale del concorrente, che “consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere ictu oculi “ (Cons. Stato, Sez. III, Sent. 28 luglio 2020, n.4795) può legittimare un intervento correttivo, per cui “sono rettificabili eventuali errori di scrittura e di calcolo, ma sempre a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, e comunque senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente” (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 9 dicembre 2020, n.7752; TRGA Trentino -Alto Adige Trento Sez. Unica, Sent. 5 marzo 2021, n.35)”.

Limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio

L'identificazione del candidato o dell'offerente

La possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio nel caso di documento privo di firma è uno dei temi oggetto di dibattito, in cui si sono registrate posizioni in alcuni casi opposte.

Sia nel caso di domanda di partecipazione che di offerta, il primo elemento necessario è quello che consente l'identificazione del candidato o dell'offerente, mediante la sottoscrizione di tutti i documenti allo stesso riferibili e con i quali viene assunta la responsabilità dell'offerta.

Con i nuovi sistemi di partecipazione alle gare, mediante i portali telematici, si è avuto un mutamento della considerazione della firma digitale, anche considerato che l'accesso a tali piattaforme normalmente è subordinato ad una

procedura di registrazione, che consente dunque l'identificazione e garantisce la provenienza della documentazione di gara trasmessa.

Il TAR Sardegna (cfr. sentenza 1° luglio 2019, n.593, confermata dal Consiglio di Stato, con sentenza 19 marzo 2020, n.963) ha ritenuto che la riconducibilità dell'offerta all'autore sarebbe stata garantita dal fatto che il disciplinare prevedeva che la partecipazione alla procedura di gara e la presentazione dell'offerta potevano avvenire solo attraverso l'accesso al sistema effettuato mediante la creazione di un apposito "account" che, a seguito dell'invio di una copia del documento di identità, era abbinato ad un determinato utente.

Si trattava dunque di un caso riguardante la provenienza dell'offerta e la sua imputabilità all'offerente (non rientrante quindi nelle ipotesi di irregolarità essenziale afferente all'offerta tecnica ed economica) e la conclusione del TAR nel senso dell'ammissibilità dell'offerta e dell'illegittimità dell'esclusione è giustificata dalla sicura riconducibilità dell'offerta al soggetto autore della stessa, ferma restando la necessità per l'amministrazione di richiedere l'apposizione della firma digitale sul documento contenente l'offerta economica.

In questo caso il soccorso istruttorio attivato affinché la società apponesse la firma digitale sul documento contenente l'offerta economica, era finalizzato alla "regolarizzazione" dell'atto e non a correggere una carenza essenziale dell'offerta.

Il TAR Lazio (cfr. sentenza 5 marzo 2021, n.2757) ha affrontato invece la questione dell'esclusione di un concorrente che aveva sottoscritto documenti inseriti nell'offerta mediante firma digitale, in violazione della *lex specialis*, che prevedeva una sottoscrizione "analogica" con allegazione di copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore.

Il TAR ha ritenuto che “*l’apposizione alla dichiarazione della firma digitale, conferendo di per sé certezza circa la relativa provenienza, renderebbe nulla la richiesta del documento di identità del sottoscrittore...L’apposizione della firma digitale alle dichiarazioni rese ai sensi della normativa citata è stata ritenuta dalla giurisprudenza idonea a soddisfare i requisiti di cui al comma 3 dell’art.38 del DPR 445 del 2000 (...) anche in assenza dell’allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante, in ragione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell’imputabilità soggettiva che le caratterizza*”.

L’ANAC (cfr. **Delibera 8 luglio 2020, n.58**) ha di recente ribadito il proprio orientamento nel senso che “*L’incompleta sottoscrizione che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell’offerta e non comporta un’incertezza assoluta sulla stessa, è un vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non è idoneo a cagionare l’immediata ed automatica estromissione della procedura selettiva*”.

Carenze dell’offerta tecnica

Con particolare riguardo all’offerta tecnica, il Consiglio di Stato in recenti pronunce ha ammesso la possibilità di sanare carenze qualificabili come “meri errori” o “imprecisioni”, sia di richiedere chiarimenti finalizzati alla corretta interpretazione della volontà del concorrente, fatto salvo il principio di immodificabilità dell’offerta.

La giurisprudenza nazionale si è mossa nel solco tracciato dalla **Corte di Giustizia** (cfr. **sentenza 10 maggio 2017, causa C-131/16 Archus**), che ha affermato alcuni rilevanti principi: 1) consentire alla stazione appaltante di chiedere chiarimenti ad un candidato la cui offerta ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d’oneri, violerebbe il principio della *par condicio*; 2) non è in contrasto con tale ultimo principio la richiesta di correzione o completamento dell’offerta su singoli punti, qualora l’offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; 3) una

richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti di appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

Il Consiglio di Stato ha affermato (cfr. **sentenza 6 maggio 2021, n.3539**) che le carenze informative nelle quali era incorso il RTI concorrente *“non erano dovute a imprecisioni dell'offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale, quanto, piuttosto, ad un manifesto errore di compilazione della documentazione da correggere al solo fine di completamento dell'offerta su di un singolo punto, senza incorrere nella violazione della par condicio tra i concorrenti...All'esito di tale chiarimento, la stazione appaltante avrebbe potuto procedere con ogni sua valutazione”*.

D'altro canto, la produzione di un documento tecnico inadeguato non può essere qualificata come *“carenza di un elemento formale dell'offerta”*, ai sensi del comma 9 dell'art.83, *“di guisa che ad essa non può sopperirsi con forme di soccorso istruttorio né in sede procedimentale, né in sede processuale, comportando tali irrituali opzioni una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara”* (cfr. **sentenza 13 febbraio 2019, n. 1030**).

In un caso di lacune descrittive dell'offerta tecnica il Supremo Consesso ha poi chiarito che *“Parimenti nemmeno è possibile ovviare alle divise carenze strutturali dell'offerta tecnica ricorrendo, come pure prospettato dall'appellante, ad un approfondimento istruttorio, atteso che le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto e, come tali, non sono suscettive né di soccorso istruttorio ai sensi dell'art.83, comma 9 del decreto legislativo n.50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13/02/2019, n.1030) né di un intervento suppletivo del giudice”* (cfr. **sentenza 19 agosto 2020, n.5140**).

Il Consiglio di Stato ha ammesso una forma di interlocuzione fra la Commissione giudicatrice e il concorrente anche nella fase successiva all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa in cui opera il soccorso istruttorio, ritenendola conforme ai principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di parità di trattamento.

Ha infatti affermato l'ammissibilità della richiesta di chiarimenti sull'offerta tecnica *“finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità e a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte”* (cfr. sentenza 27 gennaio 2020, n.680).

Soccorso istruttorio e garanzia provvisoria

Si è posto il problema se la mancanza o eventuali carenze o irregolarità che possano emergere rispetto alla garanzia o cauzione provvisoria allegata all'offerta (disciplinata dall'art.93 del Codice dei contratti), siano o meno emendabili ricorrendo al soccorso istruttorio.

L'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente sembra avere dequotato la cauzione provvisoria da “parte integrante ed elemento essenziale dell'offerta” (con la conseguenza che qualsiasi carenza o irregolarità determina l'esclusione) ad elemento formale dell'offerta, equiparandola agli altri documenti che si presentano a “mero corredo”, giungendo ad ammettere la più ampia soccorribilità di tutte le possibili carenze e/o irregolarità formali, compresa la radicale mancanza (cfr., da ultimo, **Consiglio di Stato, 3 agosto 2021, n. 5710**).

Non mancano però pronunce che ne ribadiscono – all'opposto – il carattere di elemento essenziale dell'offerta, con implicazioni differenti. Ad esempio la **sentenza 27 gennaio 2021, n.804** ha affermato che *“la garanzia provvisoria –*

destinata a coprire la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art.93, comma 6 d.lgs. n.50 cit.) – non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a “corredo” dell’offerta (cfr. art.93, comma 1), deve ritenersi “afferente” alla stessa – e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione – essendo come tale sottratta – per il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti – alla possibilità di soccorso istruttorio”.

Su tale tematica si è espressa anche l’**ANAC** che, nella **Delibera n.589 del 28.07.2021**, ha richiamato il proprio consolidato orientamento in materia, favorevole ad applicare l’istituto del soccorso istruttorio *“ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purchè la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell’offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (cfr. ANAC, delibera n.298 del 1 aprile 2020; delibera n.372 del 17 aprile 2019 e delibera n.339 del 28 marzo 2018)”*.

RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cons. Stato Sez. V, 31/08/2021, n. 6132

In assenza di una previsione della lex specialis che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, detta richiesta deve essere effettuata via pec, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (ex art. 1, lett. v-bis, del D.Lgs. n. 82 del 2005 la posta elettronica certificata è il "sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili a terzi") e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio (che cioè, ai sensi dell'art. 1335 c.c., si presumono conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo

del destinatario), cui sono connessi non già "effetti ordinatori", ma effetti potenzialmente espulsivi (si desume dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016 che "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"). (Conferma T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, n. 10550/2020.)

Il soccorso istruttorio costituisce un istituto di carattere generale, attuativo dell'art. 97 Cost., al fine dell'emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel migliore modo tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco.

Cons. giust. amm. Sicilia, 16/07/2021, n. 713

L'entità della complessiva offerta economica deve rimanere immutata in ossequio alla regola dell'immodificabilità dell'offerta. La ratio dell'immodificabilità dell'offerta è duplice: il rispetto della par condicio creditorum e la verifica della serietà dell'offerta. Sicché la violazione della regola di immodificabilità dell'offerta coinvolge i fondamenti dell'intera disciplina di gara, stante l'afferenza della regola della par condicio al principio di concorrenza e delle istanze di serietà dell'offerta al criterio di efficienza della spesa pubblica.

L'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016, esclude in radice che le irregolarità essenziali dell'offerta economica e dell'offerta tecnica possano beneficiare del soccorso, impone infatti, nel caso si verificano dette irregolarità, di escludere il concorrente dalla gara.

Cons. Stato Sez. IV, 14/07/2021, n. 5326

In linea generale, in materia di gare pubbliche, occorre tenere distinto il caso dell'esclusione automatica "a monte", direttamente derivante dalla inadempienza ad un obbligo di legge, dalla diversa ipotesi dell'esclusione comminata "a valle", qualora il concorrente inadempiente non abbia potuto beneficiare in concreto del soccorso istruttorio, stanti i limiti di operatività dello stesso che ne abbiano impedito l'attivazione, oppure qualora il procedimento di soccorso istruttorio si sia comunque concluso negativamente.

Cons. Stato Sez. III, 05/07/2021, n. 5135

In materia di gare pubbliche, ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire al concorrente di produrre atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza della stessa offerta e di par condicio tra operatori.

Cons. Stato Sez. VI, 30/06/2021, n. 4916

Nel procedimento amministrativo (ivi compresi quelli selettivi), l'istituto del soccorso istruttorio, previsto in via generale dall'art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 241 del 1990, non può essere invocato utilmente dal candidato incorso in una sia pure incolpevole mancata indicazione di un profilo della domanda, sebbene rilevante, per un elementare e certo non sproporzionato principio di autoresponsabilità in materia, prima ancora che per il rispetto della par condicio tra i candidati e dei principi di efficienza e di efficacia dell'azione

amministrativa e che tale principio trova applicazione a maggior ragione laddove si tratti della selezione di progetti che aspirano alla distribuzione di scarse risorse pubbliche, come accade laddove, come nel caso di specie, la selezione riguarda progetti che debbono essere finanziati con spendita di risorse pubbliche.

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; 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.

In materia di selezioni per l'affidamento di commesse pubbliche, materia pienamente assimilabile alla selezione di progetti per l'assegnazione di finanziamenti pubblici, laddove la stazione appaltante abbia condotto la gara telematica senza ravvisare malfunzionamenti impeditivi della piattaforma messa a disposizione non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore.

Il soccorso istruttorio consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma non di introdurre documenti nuovi) e ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento. In tal caso, infatti, non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita)

precisazione che non innova e non altera la par condicio, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita al procedimento.

T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 22/06/2021, n. 7416

Nelle gare di appalto, l'errore in cui sia incorso un concorrente nella formulazione dell'offerta, specie relativamente alla componente economica di essa, può essere rettificato ex officio dall'amministrazione e per essa dalla commissione, solo ove sia *ictu oculi* riconoscibile in base a un semplice calcolo aritmetico e non necessiti di approfondimenti o di attività di interpretazione e ricostruzione della volontà dell'offerente. Pertanto, nel caso di specie, l'errore non è emendabile in base ad una semplice operazione aritmetica correttiva, poiché si è, invece, al cospetto di due difformi dichiarazioni di componenti fondamentali dell'offerta economica. Stante la marcata divergenza tra le predette voci dell'offerta economica, solo l'offerente sarebbe stato titolato a svolgere una "interpretazione autentica" necessaria a chiarire il macroscopico errore; ma siffatto intervento chiarificatore dell'offerente, postumo all'apertura delle offerte economiche, impatterebbe i principi di immodificabilità dell'offerta e di *par condicio competitorum*, risultando quindi inammissibile. Né può essere fondatamente invocato il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, c. 9, D.Lgs. n. 50/2016, non trattandosi di colmare carenze formali della domanda o lacune documentali di comprova dei requisiti, bensì di sopperire ad un errore nella formulazione dell'offerta, come detto, non immediatamente percepibile ma richiedente un'attività interpretativa.

Cons. Stato Sez. II, 28/05/2021, n. 4102

Va escluso che una condizione di partecipazione ad una gara pubblica possa determinare l'automatica esclusione del concorrente, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, laddove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo mediante una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale o, comunque, all'esito di una non agevole operazione ermeneutica.

Cons. Stato Sez. III, 11/05/2021, n. 3699

La scusabilità dell'omissione (e la conseguente ammissibilità del soccorso istruttorio) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti, valga a porre l'operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile.

Nei casi in cui il bando di gara contenga un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici, ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera, deve demandarsi al giudice del merito la verifica della materiale impossibilità di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi - in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti - l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio. In applicazione dei suindicati postulati anche sul versante interno non residuano dubbi sulla piena predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo

nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera. E' evidente che l'inesigibilità del relativo obbligo deve impingere in fattori impeditivi oggettivi non suscettivi di essere superati attraverso agevoli accorgimenti come ad esempio attraverso la possibilità di veicolare tale indicazione in documenti ulteriori ovvero avvalendosi di altre voci di campo pur contenute nel medesimo modulo editabile.

Cons. Stato Sez. V, 03/05/2021, n. 3464

Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica i requisiti soggettivi dei partecipanti non possono essere modificati ricorrendo all'istituto del soccorso istruttorio atteso che la mancanza dei requisiti di partecipazione non può essere sanata mediante una modifica delle quote di partecipazione trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, ciascuno dei quali sufficiente a rendere invalida l'offerta medesima.

Cons. Stato Sez. III, 25/03/2021, n. 2536

In materia di errori contenuti nell'offerta va precisato che nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti. In particolare, le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente.

Cons. Stato Sez. V, 23/03/2021, n. 2483

Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica il soccorso istruttorio è ammissibile laddove l'atto oggetto della regolarizzazione o della integrazione successiva si sia comunque perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione non potendo ricorrere allo stesso nel caso di difetto di sottoscrizione della stesso atteso che in questi casi l'elemento mancante acquisito con il soccorso istruttorio, dato dall'apposizione della sottoscrizione o di altro elemento che completa l'atto, si concreta sempre quando detto termine è decorso.

Cons. Stato Sez. V, 26/02/2021, n. 1637

Il principio generale del contraddittorio consente al concorrente di modificare le giustificazioni, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica, e ciò per il rispetto della regola della immodificabilità dell'offerta.

Nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è consentito pervenire ad un giudizio di congruità senza modificare l'offerta, tuttavia modificando le giustificazioni (fornendo giustificazioni basate su dati, di fatto o normativi, sopravvenuti, correggendo precedenti errori di calcolo; attuando compensazioni tra sottostime e sovrastime), purché l'offerta risulti complessivamente affidabile nel suo complesso al momento dell'aggiudicazione.

Il giudizio sull'anomalia dell'offerta postula un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso anche alla stregua di compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, con il limite della radicale modificazione della composizione dell'offerta, che ne alteri l'equilibrio economico. In ogni caso, l'erronea

indicazione del costo della manodopera non può comportare l'esclusione dell'offerta qualora lo stesso non risulti inferiore ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge, come nel caso di specie.

Cons. Stato Sez. V, 27/01/2021, n. 804

Nelle gare pubbliche, il tenore letterale dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, induce a ritenere che la finalità sottesa alla procedura di soccorso istruttorio è quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara dai concorrenti, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale. Tanto considerato, si esclude che la predetta procedura possa avere anche la funzione di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte: diversamente, infatti, si violerebbero i principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti.

Cons. Stato Sez. III, 18/01/2021, n. 531

Il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio non è giustificabile nei casi in cui finirebbe per entrare in conflitto con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

Avv. Carmela Pluchino