

Soccorso istruttorio: genesi, evoluzione, finalità

19 Luglio 2021
Giuseppe Fiorillo

Indice:

1. Il soccorso istruttorio: premessa
2. Il soccorso istruttorio nel Codice dei contratti pubblici – Excursus storico
3. Il soccorso istruttorio e il soccorso procedimentale
4. Soccorso istruttorio processuale
5. Considerazioni conclusive sul soccorso istruttorio

1. Il soccorso istruttorio: premessa

Il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo (non soltanto nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici), che trova la massima espressione nell'articolo 6, comma 1, lettera b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale individua i principali adempimenti che devono essere compiuti dal responsabile unico del procedimento (c.d. RUP) al fine di colmare lacune documentali, modificare dichiarazioni o correggere errori che dovessero emergere nella fase istruttoria necessari all'emanazione del provvedimento finale.

La legge 241/1990 rivoluziona l'intero agire amministrativo alla luce del rinnovato rapporto di prossimità tra pubblica amministrazione e cittadino, superando antiquate concezioni anticipando un rapporto di fattiva e leale collaborazione.

Il **soccorso istruttorio** può essere definito come quell'**espediente** che consente al RUP di “**venire in aiuto**” del privato consentendogli di integrare la documentazione prodotta e rettificare le dichiarazioni o istanze erronee o incomplete che dovessero comparire **nella fase istruttoria** preordinata all'emanazione dell'atto finale.

In ogni caso, il ricorso al **soccorso istruttorio** non può né interpretarsi semplicemente in una **deresponsabilizzazione** dei privati né tantomeno in una **violazione della *par condicio***, facendo venir meno il principio di imparzialità dell'amministrazione. L'intervento del privato nel procedimento non può **consistere** in una vera e propria **integrazione documentale** ma deve limitarsi ad una **mera regolarizzazione**.

2. Il soccorso istruttorio nel Codice dei contratti pubblici – Excursus storico

Il soccorso istruttorio, previsto dalla direttiva n. 71/305/CEE, è entrato a far parte del nostro ordinamento soltanto con il decreto legislativo n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), la cui disciplina era regolata dall'articolo 46, a tenore del quale il soccorso istruttorio era inteso 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”(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 25/02/2014).

Con la citata sentenza, la Plenaria ha affermato i seguenti principi:

- tassatività delle cause di esclusione si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici;
- nel caso di omissione di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, in particolare da una clausola univoca, l'integrazione non è consentita, determinando la violazione della par condicio, mentre è consentita la mera regolarizzazione, di regola consistente nella rettifica di errori materiali e di refusi; inoltre, è possibile completare dichiarazioni o documenti già presentati, ma con esclusivo riferimento ai requisiti soggettivi di partecipazione, non potendo il soccorso istruttorio essere invocato per integrare l'offerta, salva, anche in tal caso, la rettifica di errori materiali o di refusi; il soccorso istruttorio comprende anche la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati, e di interpretare le clausole ambigue;
- legittimità, ai sensi dell'articolo 46 comma 1-bis del medesimo codice, delle clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali;
- il “**potere di soccorso**” sancito dall'articolo 46, comma 1 del medesimo codice “.... non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”;
- la mera previsione di adempimento cartolare, inserita nella lex specialis a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti quei casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta;
- il potere di soccorso sancito dall'articolo 6, comma 1, lettera b) legge 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima, per violazione dell'articolo 6, comma 1, lett. b) legge 7 agosto 1990 n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione, la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quella di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

Successivamente il decreto-legge n. 70/2011, con l'aggiunta del comma 1-bis all'articolo 46, ha introdotto il principio di **tassatività delle cause di esclusione**, limitando, così, la **discrezionalità** della pubblica amministrazione nell'individuazione, nella *lex specialis* di gara, degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, di **incidere** sull'ambito applicativo del soccorso istruttorio. Con la **novella normativa**, l'esclusione dalla gara poteva avvenire solo nei casi di **mancato adempimento** di obblighi avente una precisa **fonte legislativa o regolamentare**, nonché nei casi di **incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta**, per difetto di sottoscrizione o di altri **elementi essenziali** ovvero in caso di non **integrità** del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre **irregolarità** relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere che sia stato violato il **principio di segretezza delle offerte**. La norma, inoltre, **vietava**, a pena di nullità, l'inserimento di **ulteriori prescrizioni di esclusione** nei bandi o nelle lettere di invito.

Con l'entrata in vigore del decreto-legge n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, **i confini applicativi sono stati estesi** con l'introduzione, all'interno del vecchio Codice degli appalti, degli articoli 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter.

Il primo stabiliva che la **mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale** degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive obbligasse il partecipante al **pagamento**, in favore della stazione appaltante, della **sanzione pecuniaria** stabilita dal bando di gara, e che quest'ultima assegnasse (dovere, non facoltà) al concorrente un **termine, non superiore a dieci giorni**, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti obbligati a renderle.

Il secondo precisava che le disposizioni previste dall'articolo 38, comma 2-bis, si applicavano a **ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni**, anche di soggetti terzi, che dovevano essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

In materia interveniva l'Autorità Nazionale Anticorruzione (**c.d. ANAC**) con la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, la quale ha precisato che, con la nozione di "**irregolarità essenziale**", la norma ha voluto riferirsi "*ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso articolo 38, comma 1, del Codice.*"

Con la determina in esame, l'A.N.AC. ha altresì evidenziato la **sanabilità di qualsiasi carenza**, con i soli limiti **immodificabili del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.**

Dunque, il procedimento in esame determinava **l'esclusione dalla gara** soltanto nell'ipotesi di **reale mancanza dei requisiti** di partecipazione o, comunque, di regolarizzazione ed integrazione delle dichiarazioni.

Con la legge n. 114/2014 di conversione del decreto-legge n. 90/2014, in ottemperanza alla Direttiva Appalti 24/2014/UE, sono stati introdotti i commi 2-bis ed 1-ter (contrariamente a quanto disposto dall'Adunanza n. 9/2014), rispettivamente agli articoli 38 e 46 del decreto legislativo n. 163/2006. Viene decretato definitivamente **l'ammissibilità del soccorso istruttorio**; la norma ha così approntato una modalità di "*semplificazione degli oneri formali*" imposti ai concorrenti, anche al fine di contrarre il contenzioso in materia. Le irregolarità si possono suddividere in tre categorie:

- Irregolarità non essenziali per le quali né portano all'esclusione del candidato né la stazione appaltante è tenuta ad invitare il concorrente a regolarizzare la propria posizione, fermo restando la possibilità di procedervi ugualmente per quest'ultimo;
- Irregolarità insanabili ovvero quelle relative "*ai casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta*" ed altre previste dall'articolo 46, comportanti l'esclusione del privato;
- Irregolarità essenziali ma sanabili relative alle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 dell'articolo 38, per le quali la stazione appaltante è tenuta ad assegnare al privato un termine non superiore a 10 giorni per regolarizzare la propria posizione, dietro il pagamento una sanzione pecuniaria (cd **soccorso istruttorio oneroso**).

Con la suddetta novella legislativa, il soccorso istruttorio è stato "procedimentalizzato", divenendo doveroso per ogni ipotesi di omissione o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in sede di gara.

La disciplina è stata ulteriormente innovata con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, approvato con decreto legislativo n. 50/2016 che con l'articolo 83, comma 9 conferma in buona sostanza il precedente quadro normativo, tenendo ferma la distinzione tra violazione essenziale (non sanabile) e violazione non essenziale (sanabile). La normativa riconferma il **divieto di integrazione dell'offerta tecnica ed economica**. Scompare l'**automatismo dell'irrogazione della sanzione in caso di violazione sanabile**, da applicare solo nel caso in cui il concorrente voglia avvalersi del meccanismo sanante. Per quanto riguarda le irregolarità non essenziali, la stazione appaltante viene **onerata anche in questo caso della richiesta di regolarizzazione**, seguendo la stessa procedura delle violazioni sanabili ed il concorrente è escluso ove non presenti la relativa documentazione, fermo restando la **gratuità** di questa fattispecie.

L'Amministrazione può ricorrere al soccorso istruttorio anche in un **momento successivo all'aggiudicazione della gara** (in tal senso, T.A.R. Roma, sez. II°, 15/3/2017 n. 3541).

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 56/2017 (c.d. correttivo al Codice) il riferimento alla **sanzione pecuniaria è stato soppresso**. Il Consiglio di Stato, in **sede consultiva**, ha rilevato che la modifica proposta in relazione al comma 9 intende **innovare radicalmente l'istituto del soccorso istruttorio**, che assume un rilievo centrale, per un efficiente svolgimento della procedura di gara, anche in funzione di prevenzione del contenzioso, agendo su due aspetti essenziali della disciplina:

- **la soppressione di ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione;**
- **la ridefinizione dell'ambito entro cui è ammesso il soccorso istruttorio.**

L'istituto risponde all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione possibile alle gare evitando, pur nel rispetto della parità di trattamento, che il numero dei concorrenti ammessi venga ridotto – con correlata contrazione della concorrenza – per carenze meramente formali della documentazione presentata dagli operatori economici.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici **tale istituto**, disciplinato come detto dall'articolo 83, comma 9 del decreto legislativo 50/2016, riveste un'importanza fondamentale in quanto dà la possibilità ai partecipanti di **ovviare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di dichiarazioni e/o documenti** utili ai fini della partecipazione alla gara, e, quindi, di effettuare un adeguato ed equo contemperamento tra l'interesse pubblico e gli altri interessi implicati nel procedimento.

In linea generale, l'istituto del soccorso istruttorio tende a evitare che irregolarità e inadempimenti meramente formali possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del sedgio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975), sicché "In assenza dell'attivazione del soccorso istruttorio, l'esclusione del concorrente dalla gara per mancata produzione della dichiarazione circa i requisiti prescritti può ritenersi illegittima solo laddove, nel corso del giudizio, il concorrente stesso abbia dato prova del possesso dei requisiti suddetti (Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2180; V, 11 dicembre 2017, n. 5826)" (così Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2242).

3. Il soccorso istruttorio e il soccorso procedimentale

Nel sistema normativo degli appalti pubblici vi è la possibilità di azionare da parte del RUP un 'soccorso procedimentale', distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 1225 del 09/02/2020).

Il "**soccorso procedimentale**", quindi, non viola i limiti di **ammissibilità**, tenuto conto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una **modifica dell'offerta tecnica** presentata in gara, né vi avrebbe apportato **dati correttivi o manipolativi**, ma si sarebbe limitato a **confermare la portata di elementi già in essa contenuti**, ovvero a fornire riscontro della "**svista**" occorsa nella compilazione dell'offerta economica.

L'esauritivo **esperimento del soccorso istruttorio procedimentale** preclude l'utilizzo del soccorso istruttorio cd. "**processuale**".

L'azione amministrativa si orienta verso un'esigenza di **scrupolosità essenziale** riconducibile ai suoi caratteri tipici di imparzialità, **di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione**; tramite l'istituto del **soccorso istruttorio** il procedimento amministrativo non subirà più **ritardi a causa di mere irregolarità formali**, il provvedimento finale risulterà sostanzialmente **conforme con i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche** posti alla sua base grazie all'apporto del soggetto interessato.

L'istituto del soccorso istruttorio viene offerto per **integrare o rendere dichiarazioni non prodotte**, purché il requisito richiesto sia **sussistente in capo alla concorrente**. Viene introdotta la distinzione tra **irregolarità essenziali**, per le quali è prevista l'attivazione del soccorso istruttorio, e **irregolarità non essenziali**, per le quali la stazione appaltante non richiede alcuna regolarizzazione.

Dalla nuova formulazione si evince che il correttivo conferma la sanabilità delle sole carenze "**formali**" dei requisiti di partecipazione, rimanendo escluse quelle "**sostanziali**". Di conseguenza la **mancata allegazione** della dichiarazione attestante il possesso del requisito essenziale di partecipazione è senz'altro **sanabile**, viceversa **non lo è la carenza del requisito** entro il termine di partecipazione previsto dal bando.

Pertanto, a fronte di tale attuale normativa, nelle ipotesi di **irregolarità insanabili**, ne consegue **l'esclusione** dell'operatore economico dalla gara. Ove, invece, si tratti di **irregolarità sanabili**, il R.U.P. assegna al concorrente un termine non superiore a **dieci giorni** per provvedere alla regolarizzazione, con l'indicazione sia **dell'operazione da compiere che dei soggetti tenuti all'integrazione**. L'inutile decorso del termine di regolarizzazione comporta **l'esclusione dalla gara** del soggetto soccorso. Lo stesso epilogo vedrà anche l'ipotesi di **inadeguatezza delle integrazioni presentate**.

Ai sensi dell'articolo 83, comma 9 del decreto legislativo 50/2016, il **termine massimo** per il riscontro al soccorso istruttorio è di **dieci giorni**, mentre non vi è indicata la **misura minima** del suddetto termine. Sul punto vi è una recentissima pronuncia del **Tar Abruzzo**, in cui si afferma che il **termine massimo di dieci giorni**, previsto dalla legge, è senz'altro volto a **contenere i tempi** complessivi di espletamento della gara, in ossequio ai principi di accelerazione e tempestività delle procedure di aggiudicazione, pertanto, è ragionevole ritenere che il termine debba essere riconosciuto nella sua maggiore ampiezza nei casi in cui, tenuto conto della quantità e/o qualità degli elementi formali della domanda risultati mancanti, incompleti o affetti da irregolarità, l'integrazione risulti più gravosa e complessa. Pertanto, stante la **mancata previsione ex lege** di una misura minima del termine per il riscontro al soccorso istruttorio, deve desumersi che lo stesso dovrà essere comunque **adeguato a consentire la regolarizzazione** e, quindi, **proporzionato** al numero e alla natura delle irregolarità essenziali accertate nel caso concreto, sicché se, da un lato, dovrà essere **elevato nell'ipotesi di carenza di una pluralità di documenti o elementi**, viceversa potrà essere **assai breve laddove l'onere integrativo sia di particolare lievità** (come nel caso in cui i documenti o elementi siano già nella piena disponibilità e diretta accessibilità dell'impresa chiamata a completare la domanda).

Come precisato dal Consiglio di Stato (sez. III, 28 novembre 2018, n. 6752) *“il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge 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, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando”*.

Le novità da ultimo introdotte hanno quindi nuovamente **rivoluzionato l'istituto del soccorso istruttorio**, slegandolo da qualsiasi onere di carattere economico, considerato lesivo dei principi di **libera concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione**, e ridefinendone l'ambito di applicazione, mediante il superamento dell'incerta distinzione tra **irregolarità essenziali e non** e la previsione della generale **sanabilità di tutte le mancanze o irregolarità** (salvo, come detto, quelle incidenti sull'offerta economica e tecnica o che non consentano di individuare il contenuto o il soggetto responsabile della documentazione).

L'ammissibilità del soccorso istruttorio nella fase di prova dei requisiti dopo l'aggiudicazione.

L'articolo 85, comma 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo n. 50/2016, dispone: *“prima dell’aggiudicazione dell’appalto, la stazione appaltante, richiede all’offerente cui ha deciso di aggiudicare l’appalto,[...] di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all’articolo 86 e, se del caso, all’articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87”*.

La normativa in commento non prevede un termine che la stazione appaltante debba assegnare per la verifica dei requisiti dell’aggiudicatario.

Certa giurisprudenza (Tar Sardegna, sentenza n. 50/2018) conferma l’orientamento ostativo al ricorso al soccorso istruttorio di cui all’articolo 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016 nella fase della comprova dei requisiti. I giudici amministrativi richiamano l’Adunanza Plenaria del 2014 che, sebbene relativa alla precedente disciplina di cui all’articolo 48 del decreto legislativo n. 163/2006, ha affermato che il termine per la comprova dei requisiti dichiarati debba ritenersi perentorio, giacché è necessario assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente. Dalla natura perentoria del termine, ne discende che il soccorso istruttorio non è azionabile in tale fase . Anche riguardo tale ultimo aspetto, il Tar Sardegna ritiene di dover dar continuità all’indirizzo giurisprudenziale che esclude possa essere riconosciuta al concorrente la sostanziale rimessione in termini connessa al ricorso al soccorso istruttorio.

Di diverso avviso è l'orientamento che ammette l'istituto anche in fase di verifica dei requisiti: in particolare, si ritiene che la stazione appaltante possa chiedere l'integrazione postuma delle dichiarazioni rese in sede di gara dal soggetto aggiudicatario, laddove abbia accertato carenze documentali, non nella fase di controllo delle dichiarazioni, ma all'esito dell'aggiudicazione. A sostegno di tale tesi anche quegli orientamenti giurisprudenziali che ammettono il soccorso istruttorio in un momento successivo, ovverosia in sede processuale (c.d. soccorso istruttorio processuale). Si consente che l'aggiudicatario possa dimostrare in giudizio (di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione) il concreto possesso di quanto dichiarato in gara, mediante la produzione di quei documenti che ha mancato di offrire in sede di comprova dei requisiti dopo l'aggiudicazione della gara. Non ne consegue la violazione della par condicio tra i concorrenti, in quanto si consente di comprovare comunque circostanze preesistenti, la cui incompletezza o irregolarità, se fosse stata rilevata tempestivamente, avrebbe comportato l'attivazione, da parte della stazione appaltante, dell'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio. Giova notare che la nuova disposizione di cui all'articolo 85, comma 5 offre elementi che, invece, conducono all'ammissibilità dello strumento del soccorso istruttorio. Dalla lettura della norma si evince, difatti, non solo l'assenza di un termine per la comprova dei requisiti, ma anche una possibile apertura alla esperibilità del soccorso istruttorio in tale sede, laddove precisa che la stazione appaltante possa invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti. Le osservazioni appena fatte non possono ritenersi vanificate da una recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 4787/2019), in cui si è ritenuto inammissibile il soccorso istruttorio in fase di comprova dei requisiti, poiché, al contrario, l'ammissibilità dell'istituto equivarrebbe a una sostanziale rimessione in termini. Tale pronuncia, tuttavia, va letta con specifico riferimento alla fattispecie concreta esaminata, in cui, come già rilevato in primo grado, si era di fronte a una violazione di natura sostanziale, con la conseguente necessaria impossibilità di invocare il soccorso istruttorio, limitato, ai sensi dell'articolo 83, comma 9 del nuovo codice dei contratti pubblici, alle ipotesi di "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda". L'inammissibilità del soccorso istruttorio in fase di comprova, sancita in tale pronuncia, va, quindi, ancorata alla specifica carenza riscontrata nel caso concreto, che, avendo natura sostanziale, è insuscettibile di essere sanata ex articolo 83, comma 9 (che prevede il soccorso istruttorio per le sole ipotesi di carenze di qualsiasi elemento formale della domanda) e non tanto alla fase della procedura o alla natura del termine concesso per la comprova. Diversamente argomentando, nel senso di ritenere anche nella nuova cornice normativa di cui al decreto legislativo n. 50/2016 sussistente un principio di carattere generale e assoluto di inammissibilità del soccorso istruttorio in fase di comprova dei requisiti, emergerebbe un chiaro contrasto con la menzionata evoluzione che la materia ha avuto nel diritto europeo e, di conseguenza, con l'ordinamento interno che vi ha dato attuazione.

4. Soccorso istruttorio processuale

Una ipotesi particolare di soccorso istruttorio successivo all'aggiudicazione è quella del soccorso istruttorio processuale sul quale si è pronunciato recentemente il Consiglio di Stato, Sez. III, con le sentenze nn. 975 e 976 del 2 marzo 2017. L'istituto in commento, **privo di puntuale disciplina normativa**, riguarda le ipotesi nelle quali risulta accertato in giudizio che:

a) la stazione appaltante abbia **illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale**, del prescritto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente;

b) l'indicata **carenza documentale e probatoria**, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante **l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale**, disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Il massimo organo di giustizia amministrativa **esclude che il soccorso istruttorio** sui requisiti di partecipazione disposto successivamente all'intervenuta aggiudicazione **violi** il principio della "**par condicio**" tra i concorrenti. Infatti "...la scelta **sostanzialistica** del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è **prova del possesso del requisito**, deve applicarsi anche quando **l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione** (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente **in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento**. In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come **vizio solo formale e non sostanziale**, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di **soccorso istruttorio**". Pertanto "...la successiva **correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti**, in quanto essa mira ad **attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio**".

Per contro, rileva il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, **escludere la possibilità di ricorso al soccorso istruttorio comporterebbe effetti del tutto irragionevoli e sproporzionati** poiché l'impresa aggiudicataria sarebbe **privata della possibilità di stipulare il contratto, pur disponendo, in via sostanziale, dei necessari requisiti** e potrebbe azionare una domanda risarcitoria nei confronti della stazione appaltante.

Dal punto di vista strettamente processuale il Collegio ha ritenuto innanzitutto che la **questione non possa essere rilevata d'ufficio del giudice**, presupponendo **un'iniziativa della parte aggiudicataria** che è interessata ad affermare la legittimità sul piano sostanziale della propria ammissione alla gara.

In altri termini, la ditta aggiudicataria è tenuta a dimostrare l'equipollenza, vale a dire che, anche se il soccorso vi fosse stato, l'esito della gara non sarebbe stato diverso; in tal senso, appare sufficiente una "deduzione difensiva" attraverso la quale superare la *cd. prova di resistenza*, dimostrando la effettiva sussistenza ed il materiale possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione? al momento in cui si è verificata l'irregolarità.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VIII, 28 febbraio 2018, nn. C-523/16 e C-536/16, ha chiarito che la normativa europea **non osta "in linea di principio**, a 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"

I giudici di Palazzo Spada (Sez. III, sentenza n. 348 del 14 gennaio 2019) hanno stabilito che per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio (c.d. soccorso istruttorio processuale) e contestare l'esclusione perché tale soccorso istruttorio non è stato concesso in gara, l'impresa esclusa, nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, deve dimostrare in giudizio *la natura meramente formale dell'omessa dichiarazione*, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio e, in particolare che, ove il soccorso istruttorio fosse stato correttamente attivato da parte della stazione appaltante nel corso della procedura di gara, l'esito le sarebbe stato favorevole.

In tale direzione, la **recente giurisprudenza amministrativa**, ha ritenuto **legittimo il ricorso al soccorso istruttorio in fattispecie sempre più ampie**.

Ai sensi dell'articolo 83, *comma 9 del Codice dei contratti pubblici, sussiste la possibilità di esperire un procedimento di soccorso istruttorio anche in relazione agli “(...) elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica”, nella misura in cui la richiesta della stazione appaltante sia finalizzata a ottenere dal concorrente chiarimenti che, senza assumere carattere integrativo dell'offerta, risultino esclusivamente mirati a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del medesimo concorrente (in tal senso, [Consiglio di Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225](#)).*

Tale “soccorso istruttorio procedimentale” deve tenersi nettamente distinto dal “soccorso istruttorio” alla cui stregua, invece, si consente al concorrente interessato di regolarizzare e integrare dichiarazioni, documenti ed elementi diversi, per l'appunto, da quelli essenziali dell'offerta tecnica ed economica, al fine porre rimedio all'eventuale incompletezza, erroneità o carenza formale delle dichiarazioni e della documentazione presentate in gara.

Per i giudici amministrativi di Palazzo Spada le stazioni appaltanti possono **attivare una procedura di soccorso istruttorio anche in ordine agli elementi essenziali dell'offerta**, ove tale richiesta sia esclusivamente mirata ad acquisire dal concorrente chiarimenti atti a risolvere dubbi sulla corretta interpretazione dell'offerta stessa e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, senza che gli stessi assumano **carattere integrativo**. In tal senso, siffatto “**soccorso istruttorio procedimentale**” è del tutto ammissibile e va tenuto nettamente distinto dal “**soccorso istruttorio**”.

La possibilità di avviare il **soccorso istruttorio** in riferimento a eventuali profili di **carenza e/o inintelligibilità dell'offerta tecnica e/o economica è limitato anzitutto dalla lettera del suddetto articolo 83, comma 9** del Codice dei contratti pubblici, a tenore del quale il soccorso istruttorio *de quo* è consentito per porre rimedio alle carenze e irregolarità delle dichiarazioni e dei documenti dei concorrenti “*(...) con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica (...)*”).

Di modo che la giurisprudenza, anche di recente, in ordine ai **termini e limiti della attivazione del soccorso istruttorio nella fase di offerta**, ha avuto modo di chiarire tra l'altro che:

- “*(...) il soccorso istruttorio ha come finalità quella 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 all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato, sez. V, 22/10/2018, n. 6005); (...)*” (TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 settembre 2020, n. 9661);

- deve ritenersi escluso il soccorso istruttorio in merito a “carenze strutturali” dell’offerta tecnica, giacché “(...) *le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell’offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminazione del suo contenuto e, come tali, non sono suscettive né di soccorso istruttorio ai sensi dell’articolo 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*” (Consiglio di Stato, sez. III, 19 agosto 2020, n. 5140);

- possono “(...) *essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”, chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell’offerta. Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l’interpretazione delle offerte e ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487)*” (Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680);

- “(...) *l’istituto del soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell’articolo 83 del decreto legislativo n. 50/2016, non può essere attivato per sanare irregolarità anche formali della offerta tecnica o economica (TAR Toscana, I, 16.1.2020, n. 35). Perciò la giurisprudenza amministrativa afferma costantemente che l’errore materiale della offerta deve essere tale da poter essere rettificato d’ufficio senza ausili esterni (ex multis: TAR Lombardia, Milano, IV, 4.7.2018, n. 1650)*” (T.A.R. Toscana, sez. III, 24 luglio 2020, n. 970)” (TAR Umbria, Perugia, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 542).

Per il Consiglio di Stato, quindi l’istituto del soccorso istruttorio possa operare, qualora non sia stato già attivato dalla stazione appaltante in sede di gara, anche nel processo amministrativo, a garanzia del principio di effettività della tutela. Trattasi di uno istituto di rimedio che la stazione appaltante deve attivare al fine di consentire all’operatore economico di integrare la domanda carente di un requisito formale, consentendogli di dimostrare, dunque, il possesso dei requisiti sostanziali per partecipare alla gara. In caso di mancata attivazione, sarà il giudice a verificare se il vizio in questione sia solo formale (nell’ipotesi l’impresa non doveva essere esclusa oppure l’aggiudicazione definitiva è legittima) oppure riveste carattere sostanziale (per cui l’impresa è stata legittimamente esclusa oppure l’aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso fin dall’inizio della gara). Dunque, può ritenersi che il “soccorso istruttorio processuale” altro non sia che espressione della mera applicazione dei principi fondamentali del processo amministrativo, traducendosi nell’attuazione dei principi della domanda e dell’onere della prova, nonché del principio di effettività della tutela.

Il soccorso istruttorio appare istituito applicabile tanto **nel procedimento amministrativo** – dove risulta positivamente disciplinato – **quanto nell’ambito processuale**, come ormai pacificamente ammesso dalla giurisprudenza. In tal senso deve osservarsi come la ricorribilità in **sede di giudizio** a quest’ultimo istituto sia assoggettata ai **medesimi presupposti e requisiti di legge** che l’articolo 83, comma 9, del decreto legislativo 18/04/2016, n. 50, subordina al suo esercizio da parte dell’amministrazione in sede procedimentale.

In dottrina si è affermato che l’essenza del soccorso istruttorio processuale risiede nell’aiuto che il giudice presta a favore del ricorrente “ *integrando le prove che questi non è in grado di fornire perché, istituzionalmente e quindi incolpevolmente, lontano dalle prove che devono supportare la sua domanda*”, *il tutto non al fine della “realizzazione del diritto o interesse azionato”, ma avendo di mira un traguardo di equità e di riequilibrio e, quindi, di giustizia*”.

La giurisprudenza amministrativa, invece, ha sviluppato un'interpretazione del **soccorso istruttorio processuale** quale strumento dotato di una **specificata funzione difensiva**. Nello specifico, questo risulta invocabile dall'impresa aggiudicataria nel caso in cui la mancanza, incompletezza o altra irregolarità di uno degli **elementi essenziali** del documento di gara, ad eccezione di quelli relativi all'offerta tecnica o economica e nei limiti di cui all'articolo 83, comma 9 del decreto legislativo n. 50 del 2016, venga dedotta come **motivo di impugnazione** dell'aggiudicazione da parte di un'impresa partecipante alla gara. Sotto il profilo **processuale** è stato quindi affermato che la precipua finalità che si intende perseguire mediante la deduzione del **soccorso istruttorio** da parte dell'aggiudicataria è quella di *“paralizzare la doglianza diretta ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'operatore economico risultato aggiudicatario”*. Il soccorso appare in tale logica uno **strumento di garanzia** a favore dell'operatore economico aggiudicatario.

Il soccorso istruttorio, invece, per **le irregolarità essenziali** prevede, invece, un obbligatorio procedimento di sanatoria, *“ossia di produzione, integrazione, correzione, con effetto sanante”*. Ciò si spiega per la circostanza che le procedure concorsuali, seppure chiaramente finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a **garanzia della leale e trasparente competizione**, che devono essere rispettate nei limiti in cui ragionevolmente assolvano alla funzione di dirigere la competizione verso il risultato finale, e non si risolvano piuttosto in mere prescrizioni formali prive di aggancio funzionale o in meri ostacoli burocratici da superare.

Con sentenza recente, il Consiglio di Stato, pur non intendendo snaturare l'approccio sostanzialistico del legislatore, ha tuttavia inteso restringere la portata del soccorso istruttorio affermando come “nelle gare di appalto, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato anche per sanare irregolarità essenziali, purché non si tratti di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione; in ogni caso è preclusa l'integrazione della domanda di partecipazione in esito del soccorso istruttorio attuato dalla stazione appaltante; argomentando diversamente, risulterebbe violata la par condicio tra i concorrenti, allorquando un'impresa possa beneficiare di un più ampio termine per dichiarare (e, quindi, dimostrare) il requisito tecnico-professionale rispetto a quello riconosciuto a tutte le altre imprese partecipanti” (Cons. di Stato, SEZ. V – 17 giugno 2019 n. 4046).

La sentenza in commento, pur condividendo la tesi secondo cui la procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, dovendo al contrario 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, *“deve nondimeno ritenersi che nella fattispecie in esame non poteva in concreto operare il soccorso istruttorio, non ricorrendo inadempimenti documentali meramente estrinseci, né vizi procedurali facilmente emendabili”*.

5. Considerazioni conclusive sul soccorso istruttorio

Come abbiamo visto in questo scritto il soccorso istruttorio è un istituto generale del procedimento amministrativo che, pur trovando la massima espressione nell'articolo 6, comma 1, lettera b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, si applica a qualunque procedimento amministrativo, ivi compreso le procedure di affidamento di contratti pubblici.

Da strumento facoltativo previsto dalla legge 241/1990, è divenuto un doveroso ordinario *modus procedendi* ricoprendo un ruolo essenziale nelle pubbliche amministrazioni, volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure entro rigorosi limiti.

Tuttavia, se nella legge che disciplina il procedimento amministrativo il ricorso a tale istituto di matrice comunitaria si configura come una mera facoltà della pubblica amministrazione, nel codice dei contratti rappresenta un istituto che le stazioni appaltanti debbono obbligatoriamente utilizzare, pena l'illegittimità della procedura di affidamento.

Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici il soccorso istruttorio soddisfa la necessità di **consentire la massima partecipazione alla gara**, orientando l'azione amministrativa sulla **corretta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, privilegiando un approccio sostanzialistico piuttosto che formale**.

Abbiamo evidenziato che la **giurisprudenza sia tuttora ondivaga** con la prevalenza a privilegiare il principio di **massima partecipazione**, estendendo l'applicazione del soccorso istruttorio alla sua **massima latitudine**; altre volte a prediligere una **visione sì sostanziale** ma pienamente rispettosa del **rigore formale della lex specialis**, tutelando maggiormente il principio di **par condicio**.

In entrambe le rappresentazioni vi è un **minimo comune denominatore**: il funzionamento del **soccorso istruttorio con riferimento alle sole carenze formali della domanda**: infatti, l'istituto in questione non opera né lo potrà mai nelle ipotesi di **carenza assoluta dei requisiti di partecipazione alla gara, non posseduti dall'operatore economico entro il termine di presentazione delle offerte** (in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, Consiglio di Stato, sez. V, 07 settembre 2020, n. 5370).

La **leale collaborazione tra il privato e l'amministrazione pubblica** è rigorosamente ispirata a criteri di correttezza reciproca, soprattutto nella delicata fase di selezione dei concorrenti, senza mai perdere di vista l'invalicabile supremo interesse pubblico.

In tema di affidamenti appalti pubblici, materia ove è avvertita in modo particolare la necessità di applicazione dell'istituto del "soccorso istruttorio", già il Consiglio di Stato si augurava, con il parere reso sulle modifiche apportate dal decreto correttivo n. 56/2017, l'esternalizzazione della casistica attestante le ipotesi di mera "irregolarità essenziale" della dichiarazione (che può essere ammessa al soccorso istruttorio) e quelle relative alla carenza di un elemento essenziale dell'offerta (che comporta l'esclusione dell'impresa).

In conclusione, il principio ispiratore del "soccorso istruttorio" è chiaramente quello di confinare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, in ossequio al principio di *massima partecipazione*.

D'altronde ammettere l'utilizzo del "**soccorso istruttorio**" fino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, perfezionandola con gli elementi mancanti, tenuto conto delle **differenze sostanziali** tra l'adeguamento di una domanda **formalmente sprovvista** di alcuni elementi o dichiarazioni e l'**integrazione** di un'offerta originariamente **non rispettosa delle prescrizioni** previste dal Codice dei Contratti e della disciplina di gara, significherebbe violare la *par condicio* dei partecipanti.

TAG: Soccorso istruttorio, pubblica amministrazione, codice dei contratti pubblici

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.