

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: DAL FORMALISMO ALLA LOGICA DEL RISULTATO.

Preliminary assistance measure in the Public Contracts Code: from formalism to a results-oriented approach

Catello D'Auria

Abstract [It]: il presente contributo analizza l'evoluzione del soccorso istruttorio nel contesto dei contratti pubblici, dedicando particolare attenzione al novellato art. 101 D.lgs. n. 36/2023. Tale istituto, in equilibrio tra il principio del *favor participationis* e di quello della *par condicio competitorum*, rappresenta uno straordinario strumento di dialogo procedimentale in base al quale si possono rileggere i rapporti tra amministrazione e amministrati. Analizzando, da un lato, la normativa di settore e, dall'altro, le più recenti applicazioni nell'ambito delle gare telematiche e nel contesto processuale, è possibile verificare come la direttiva antiformalistica a cui si ispira il soccorso istruttorio si combina sinergicamente con la logica sostanzialistica tipica dell'amministrazione di risultato, quanto mai valorizzata nella nuova disciplina dell'evidenza pubblica.

Parole chiave: soccorso istruttorio - Codice dei contratti pubblici - amministrazione di risultato - evidenza pubblica

Abstract [En]: This article analyzes the evolution of the preliminary assistance measure (the so-called "soccorso istruttorio") within the context of public contracts, with particular attention to the newly revised Article 101 of Legislative Decree No. 36/2023. This institute, balancing the principle of *favor participationis* (encouraging participation) with that of *par condicio competitorum* (equal treatment of competitors), represents an extraordinary instrument of procedural dialogue, through which the relationship between the administration and the administered can be reinterpreted. By analyzing, on one hand, the sector regulations and, on the other, the most recent applications concerning e-procurement and within the litigation context, it is possible to verify how the anti-formalistic directive inspiring the preliminary assistance measure synergistically combines with the substantive logic typical of results-oriented administration, which is highly emphasized in the new public procurement discipline.

Keywords: preliminary assistance measure - Public contracts code - results-oriented administration - public procurement

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Genesi e *ratio* dell'istituto - 3. L'evoluzione del soccorso istruttorio nel codice dei contratti pubblici - 3.1. (*segue*) dalle origini al D.lgs. n. 163/2006 - 3.2. (*segue*) il D.lgs. n. 50/2016 - 4. Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici - 5. Il soccorso istruttorio nelle gare telematiche - 6. Il soccorso istruttorio processuale - 7. Conclusioni

1. Premessa

Il soccorso istruttorio¹, pur affondando le sue radici nel diritto amministrativo generale², ha trovato la sua massima espansione e attuazione nella materia dei contratti pubblici, in cui svolge una funzione di antidoto al formalismo che, tradizionalmente, connota la disciplina dell'evidenza pubblica³.

In tale settore, esso si fonda su un delicato equilibrio tra due principi in potenziale conflitto: da un lato, il *favor participationis*, che tutela la più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare in funzione di un più efficace perseguimento dell'interesse pubblico; dall'altro, la *par condicio competitorum*, espressione concreta del principio di imparzialità, che impone la parità di trattamento tra i concorrenti e il rispetto rigoroso delle regole del bando⁴.

Gli interventi legislativi succedutisi nel corso degli anni hanno variamente individuato il punto d'incontro tra tali contrapposte esigenze, restituendo l'idea di una parabola ascendente del soccorso istruttorio⁵.

¹ La bibliografia in tema di soccorso istruttorio in materia di contratti pubblici è molto ampia. Senza pretesa di esaustività si vedano: E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Es, 2016; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 3, p. 573 ss.; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 1, p. 3 ss.; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 5, p. 503 ss.; N. SAITTA, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Giustamm.it*, 2014, p. 4 ss.; C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 1 ss.; S. USAI, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 1078 ss.; L. DE GREGORIIS, *"A lo parlare agi misura": potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro amministrativo*, 2014, 9, p. 2268 ss.; M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1474 ss.; A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 1, p. 183 ss.; R. FRAGALE, *L'evoluzione del soccorso istruttorio: la disciplina del nuovo Codice Appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, 2, p. 278 ss.; A. CARBONE, *Soccorso istruttorio e procedimento amministrativo. Riflessioni di sistema*, in *Diritto amministrativo*, 2025, 1, p. 207 ss.

² Il riferimento è all'art. 6 legge n. 241/1990 secondo cui "il responsabile del procedimento [...] 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".

³ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, 3, p. 817 ss., 818.

⁴ F. GASPARI, *Il soccorso istruttorio. Evoluzione dell'istituto e principali problematiche ancora aperte*, in *Amministrativamente.com*, 2019, 3, p. 405 ss., 408.

⁵ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 3, p. 623 ss., 625.

L'evoluzione normativa di tale istituto nella materia dei contratti pubblici⁶, inoltre, è particolarmente significativa perché può fungere da caleidoscopio attraverso cui rileggere i rapporti fra amministrazione e amministrati, connotati dal tendenziale superamento del binomio autorità-libertà⁷.

Peraltro, di recente, il soccorso istruttorio ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la propria centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici che, per un verso, vi dedica un'autonoma e più articolata disposizione (art. 101) e, per l'altro, ne amplia l'ambito, la portata e le funzioni superando, al contempo, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa⁸.

L'art. 101 del D.lgs. n. 36/2023, pertanto, offre l'occasione per riflettere sui limiti, sulle condizioni e sui presupposti del "nuovo" soccorso istruttorio nel Codice dei contratti pubblici, al fine di comprendere se, ed eventualmente quanto, il definitivo approdo ad una logica sostanzialistica in luogo di un approccio formalistico possa contribuire a migliorare l'attività amministrativa, orientata in modo sempre più consistente alle logiche del risultato, specie alla luce della nuova cornice assiologica che governa l'evidenza pubblica.

2. Genesi e ratio dell'istituto

Prima di entrare nel merito della disciplina settoriale, è utile soffermarsi sulla nozione generale di soccorso istruttorio, la cui funzione può essere descritta come un momento di "dialogo procedimentale"⁹, in cui si rende necessario l'intervento suppletivo della pubblica amministrazione procedente al fine di ovviare a imprecisioni od omissioni, di carattere eminentemente documentale, imputabili al soggetto che abbia presentato una determinata istanza o domanda, idonea a dare avvio a un procedimento amministrativo¹⁰.

Una riflessione su tale istituto, sebbene esso trovi nel diritto "secondo" dei contratti pubblici il suo *habitat* elettivo¹¹, non può che partire dalla disciplina, pur minimale, contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, anche in considerazione della circostanza per cui, varcando i confini dell'evidenza pubblica, il soccorso istruttorio ha progressivamente assunto una portata più ampia, tale da essere considerato un principio di carattere generale, ispirato ad una logica antiformalistica, a cui occorre conformare l'attività amministrativa, nel tentativo di dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma¹².

Ed invero, l'art. 6, comma 1, lett. b) legge n. 241/1990 individua tra i vari compiti del

⁶ Sin d'ora, si intende specificare che, vista la vastità dell'argomento in esame, la riflessione sarà concentrata sulle procedure ad evidenza pubblica rientranti nel campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

⁷ M. FILICE, *Dalla "caccia all'errore" alla verifica sostanziale: la parabola del soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022,5, p. 623 ss., 624; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 11.

⁸ Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870 in *giustizia-amministrativa.it*.

⁹ L'espressione è di M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 238. Sugli aspetti dialogici del soccorso istruttorio, si vedano S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, p. 437 ss.; F. GAMBARDILLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, p. 89 ss.; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit.

¹⁰ A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., p. 183.

¹¹ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., p. 818.

responsabile del procedimento quello di accertamento d'ufficio dei fatti, tramite il compimento degli atti all'uopo necessari, e di adozione di ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. A tal fine, in particolare, egli ha la facoltà (quanto meno stando alla formulazione letterale della norma) di chiedere il rilascio e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete, di esperire accertamenti tecnici ed ispezioni e di ordinare esibizioni documentali¹³.

Si tratta di una disciplina scarna, poi meglio specificata nell'ambito di una "disposizione-figlia" di quella generale¹⁴, che ha posto non pochi problemi interpretativi con riferimento alla natura e al fondamento di tale potere, nonché in relazione all'*an* dell'attivazione del soccorso istruttorio procedimentale¹⁵.

In via generale, lo strumento del soccorso istruttorio può essere descritto come un percorso sequenziale caratterizzato da due fasi. La prima, a connotazione pubblicistica riconducibile all'autorità investita del procedimento decisionale, che si sostanzia in un'attività di sollecitazione rivolta al privato. Quest'ultimo sarà libero di decidere se attivarsi dando avvio alla seconda fase, di stampo privatistico, in risposta allo stimolo proveniente dalla pubblica amministrazione¹⁶.

In sostanza, la pubblica amministrazione, attivando il soccorso istruttorio, svolge un ruolo di ausilio nei confronti del privato, ponendosi al servizio e a disposizione degli amministratori, aprendosi verso l'esterno¹⁷; ciò, anche in considerazione di un mutato modo di intendere il rapporto amministrativo, che tende a rendere la P.A. "la migliore alleata di imprese e

¹² D. U. GALETTA, S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle "magnifiche sorti e progressive" di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato*, in *Ceridap*, 2022, 2, p. 22 ss., 23; F. LIGUORI, *Gare, concorsi e giudice penale*, in *De Iustitia*, 2025, 2, p. 1 ss., 7; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2023, 2023, p. 287 ss., 292.

¹³ Art 6, comma 1, lett. b) legge n. 241/1990. Sulla figura del responsabile del procedimento, si vedano tra gli altri: M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 534 ss.; P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 262 ss.; F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 343 ss.; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Diritto amministrativo*, 2000, 3-4, p. 505 ss.; S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2, p. 193 ss.

¹⁴ Il riferimento è alla previsione di cui all'art. 46 del D.lgs n. 203/2006 s.m.i. e, più in generale, alla materia dell'evidenza pubblica, vedi E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., p. 625.

¹⁵ *Ibidem*. L'espressione "soccorso istruttorio procedimentale" viene generalmente utilizzata per distinguere l'ipotesi in esame da quella speciale regolata con maggior dettaglio dal Codice dei contratti pubblici. Vedi A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., p. 184.

¹⁶ E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 13.

¹⁷ Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., passim. In particolare, quest'Ultimo descrive l'attività ausiliaria della pubblica amministrazione, attuata in esecuzione dei suoi doveri di informazione, come una sorta di "consiglio atipico", nel senso che il consiglio rivolto al soggetto privato non è, come normalmente accade, nell'esclusivo interesse del consiliato ma anche dell'autorità che lo ha sollecitato.

cittadini”¹⁸.

Il fondamento dell’istituto viene tradizionalmente individuato nel principio di completezza dell’istruttoria, in forza del quale, coerentemente con il principio inquisitorio che governa il procedimento amministrativo, l’autorità procedente deve accertare, anche d’ufficio, tutte le circostanze rilevanti per il caso concreto¹⁹.

Tuttavia, se da un lato la pubblica amministrazione ha l’obbligo di completare l’istruttoria, e per farlo gode di ampi poteri, pur nel rispetto del principio di non aggravamento²⁰, dall’altro, le è precluso un accesso pieno alla realtà materiale. Al contrario, essa può soltanto sollecitare il privato nell’attestazione dei fatti rilevanti per l’accoglimento della domanda e nell’introduzione dei fatti o mezzi rappresentativi della spettanza della propria pretesa²¹. In altre parole, il soccorso istruttorio attribuisce al privato una seconda *chance* di dimostrare il possesso dei requisiti necessari per il rilascio del provvedimento richiesto, delimitando il perimetro dell’accertamento di merito condotto dall’organo decisore²².

Alla luce di quanto detto, si comprende il motivo per cui il soccorso istruttorio non è considerato solo uno strumento correttivo, ma rappresenta una vera e propria forma di partecipazione procedimentale²³. Esso riflette una concezione dialogica dell’azione amministrativa, un vero e proprio confronto tra il responsabile del procedimento nelle vesti di un soggetto proattivo e il privato istante, al fine di conseguire la miglior definizione del

¹⁸ D. U. GALETTA, S. D’ANCONA e P. PROVENZANO, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 24-25; A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., pp. 186-189. Sul principio inquisitorio, *ex multis*: F. LEVI, L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione, Torino, Giappichelli, 1967; G. PASTORI, *Principi costituzionali sull’amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in M. CAMMELLI, M.P. GUERRA, (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, 1997, p. 19 ss.; E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano, Giuffrè, 2011; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, Jovene, 2008. In senso parzialmente contrario si veda V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’onere di acquisizione dei presupposti nei procedimenti ad istanza dei privati, in particolare nei procedimenti di assegnazione di terre incolte*, in *Foro italiano*, 1956, 3, p. 31 ss. secondo cui nei procedimenti ad istanza di parte trova applicazione la regola probatoria desumibile dall’art. 2697 c.c. che impedisce alla pubblica amministrazione di accertare su sua iniziativa la verità reale e, per l’effetto, la costringe ad assumere la decisione finale sulla base di quanto sia stato allegato e provato dal privato istante.

²⁰ M. MATTALIA, *op. cit.*, 576.

²¹ A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., pp. 189-190. In tal senso, poiché non si realizza una vera e propria inversione dell’onere della prova in capo all’amministrazione, ma una mera condivisione del percorso probatorio, si comprende perché non è condivisibile l’idea di una funzione di “supplenza” in senso stretto dell’amministrazione rispetto alle incombenze del privato. Vedi E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 160-161.

²² Paradossalmente, se la pubblica amministrazione potesse accedere direttamente alla realtà materiale sottesa alla domanda del privato in modo da acquisire autonomamente le circostanze rilevanti per la decisione finale, non sarebbe necessario dialogare con il privato, soccorrendolo. V. A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., p. 191. Tuttavia, è bene specificare che attraverso il soccorso istruttorio non si può introdurre in un secondo momento un documento nuovo, di cui non si era in possesso al momento della domanda, ma unicamente di colmare lacune o dimenticanze della stessa. Cfr. M. MATTALIA, *op. cit.*, p. 575.

²³ In realtà, di recente, sempre più frequentemente si sta riconoscendo rilevanza al soccorso istruttorio anche in sede processuale. Sul punto si rinvia al § 6.

relativo procedimento amministrativo²⁴.

Inoltre, se si considera la natura intrinsecamente collaborativa che caratterizza l'istituto del soccorso istruttorio, si può affrontare in modo più approfondito la questione della sua obbligatorietà, che rappresenta un nodo cruciale, fonte di un animato dibattito tra gli interpreti.

La difficoltà nel dirimere tale questione risiede anche nell'assenza di un chiaro elemento risolutivo a livello normativo, specialmente nel contesto del diritto amministrativo generale, dove la legge sul procedimento amministrativo configura il soccorso istruttorio come una semplice possibilità discrezionale per il responsabile del procedimento²⁵. Ciononostante, l'interpretazione più accreditata - sia in dottrina che in giurisprudenza - tende a riconoscerne un carattere doveroso²⁶.

La cogenza di tale istituto, quale ordinario *modus procedendi* che si impone al responsabile del procedimento, si trae dal sistema riguardato nel suo insieme, nel prisma dei principi che presidiano l'attività amministrativa²⁷. Più nel dettaglio, la doverosità del soccorso istruttorio

²⁴ Cfr. F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, cit., p. 3; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 167. Vedi anche E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., secondo il quale sussiste una non trascurabile differenza tra il dovere di soccorso istruttorio e la partecipazione procedimentale, sebbene abbiano un minimo comune denominatore identificato nella *ratio* collaborativa. In particolare, la differenza sta nella circostanza per cui gli strumenti di partecipazione procedimentale sono riconducibili a modelli *bottom-up*, con funzione di garanzia nei confronti del cittadino e che conducono a schemi di amministrazione condivisa, mentre il soccorso istruttorio risponde a una logica di tipo verticale (*top-down*) in cui la P.A. "offre" e non "riceve" un contributo dall'esterno.

²⁵ Si tratta di quella che è stata definita la "versione debole del soccorso istruttorio" o "soccorso istruttorio depotenziato" perché costruito in termini di mera facoltà per il responsabile del procedimento. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 178-179. In dottrina, per ulteriori approfondimenti sulla tesi che qualifica il potere di soccorso istruttorio in termini di facoltà si rinvia, tra gli altri a I. FILIPPETTI, *Par condicio e favor participationis nell'interpretazione degli atti di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 7, p. 827 ss.; S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, in *Foro amministrativo*, 2009, 10, p. 2346 ss.; M. OCCHIENA *Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in *Foro italiano*, 1999, 3, p. 269 ss. In giurisprudenza, *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 120, in *Foro italiano*, 1999, III, 268; Cons. Stato, 2 luglio 2001, n. 3595, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, I, p. 1190; Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1822, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Cfr. A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., spec. p.p. 192 ss.; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, cit., p. 3; M. MATTALIA, *op. cit.*, passim.; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit. Peraltro, E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., 187-197 pone come interessante tema di riflessione la circostanza per cui come riflesso della doverosità del soccorso istruttorio, l'omissione dello stesso determinerebbe un vizio del procedimento idoneo ad incidere sulla legittimità del provvedimento di rigetto dell'istanza adottato. In giurisprudenza, sulla doverosità del soccorso istruttorio, *ex multis*: Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2021, n. 3537; Cons. Stato, sez. II, 1 luglio 2020, n. 4191; Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975; Cons. Stato, Sez. III, 4 ottobre 2016, n. 4081, nonché Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 (relativamente ai contratti pubblici), tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁷ Cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Es, 2016, p. 98; A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico*,

si collega al principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa²⁸ ex art. 97 Cost., al principio di collaborazione, di correttezza e di buona fede, quali canoni delle relazioni endo-procedimentali, nonché al dovere costituzionale di solidarietà. In questa prospettiva, il soccorso istruttorio non è più un'opzione discrezionale, ma si configura come un passaggio necessario di ogni procedura orientata all'effettività e alla ragionevolezza dell'azione amministrativa, divenendo, peraltro, espressione del rinnovato modo di intendere, in chiave tendenzialmente paritaria, il rapporto tra amministrazione e amministrati²⁹.

Seguendo questa direzione, il soccorso istruttorio, concepito come una "filiazione del sistema partecipativo"³⁰, conduce a una "dequotazione della forma rispetto alla sostanza"³¹, poiché permette/impone alla pubblica amministrazione di correggere eventuali incompletezze o irregolarità nella presentazione della domanda, restituendo così ragionevolezza all'attività amministrativa³². L'obbligatorietà, beninteso, pur essendo legata alla dimensione collaborativa del procedimento, non deve essere intesa come una possibilità illimitata di integrazione documentale. Infatti, da un lato, esiste un onere minimo di allegazione a carico del privato istante, generalmente identificato nei c.d. "fatti primari", al di sotto del quale la pubblica amministrazione non può intervenire, nemmeno in sede di soccorso istruttorio³³. Dall'altro, è necessario che la domanda del privato, al di là di ogni valutazione di merito, contenga gli elementi minimi indispensabili per poter essere considerata tale³⁴.

principi e interessi protetti, cit.; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo", cit.*; M. MATTALIA, *op. cit.*; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico, cit.*; ID., *Il dovere di soccorso procedimentale, cit.*; A. CARBONE, *op. cit.* In tal senso depone la riflessione di una parte della dottrina secondo cui la natura obbligatoria di un determinato comportamento amministrativo discende non tanto da una espressa previsione legislativa, quanto dalla necessità di perseguire la migliore decisione possibile, rendendo così "doverosa la funzione". Si veda S. TUCCILLO, *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2014, 2, p. 233 ss.; ID., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere, cit.*

²⁸ Peraltro, il riferimento al buon andamento consente di attribuire anche una connotazione finalistica al dovere di soccorso istruttorio che verrà meglio analizzata nel prosieguo. Ciò trova, inoltre, corrispondenza anche a livello sovranazionale e, segnatamente, nel diritto a una buona amministrazione desumibile dall'art. 41 della Carta di Nizza, vedi E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale, cit.*, pp.43-53.

²⁹ A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti, cit.*, 194-198; nonché sulla più ampia portata dei principi di collaborazione e buona fede come fonte di obblighi per la pubblica amministrazione, tra cui quello di soccorso istruttorio, si veda: S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in *Nuove autonomie*, 2020, 3, p. 725 ss., 744.

³⁰ N. SAITTA, *op. cit.*, p. 4.

³¹ Cfr. D. U. GALETTA, S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *op. cit.*, p. 23; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *op. cit.*, p. 534. Sulla logica antiformalistica sottesa al soccorso istruttorio si veda più diffusamente *infra*.

³² Infatti, sarebbe irragionevole per la pubblica amministrazione adottare un provvedimento negativo solo perché l'istanza è incompleta o presenta errori. Sotto un diverso punto di vista, peraltro, una simile condotta risulterebbe contraria anche alla logica degli affari e minerebbe la credibilità delle relazioni commerciali, in quanto violativa del dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza. Vedi M. MATTALIA, *op. cit.*, p. 575.

³³ E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale, cit.*, spec. pp. 154-164.

³⁴ In particolare, in analogia con quanto accade in relazione alla proposizione del ricorso per il processo giurisdizionale, una domanda/istanza si intende esistente se è identificabile l'autore e la provenienza da questi

È evidente, pertanto, che il soccorso istruttorio sia idoneo a trovare applicazione nella generalità dei procedimenti amministrativi, siano essi “c.d. favorevoli per il soggetto” oppure “di evidenza pubblica”. In quest’ultimo caso, il rapporto multipolare tra amministrazione e soggetti privati condiziona in modo significativo l’operatività del dovere di soccorso istruttorio che, pur concepito come uno strumento di apertura e cooperazione, non può spingersi fino a compromettere la *par condicio competitorum*, che funge da limite alla sanabilità delle domande dei privati³⁵.

Il delicato bilanciamento tra esigenze partecipative e garanzie di imparzialità emerge, dunque, con maggiore evidenza nelle procedure per la scelta del contraente pubblico, a cui sarà interamente dedicata l’indagine nei paragrafi che seguono, in ragione del ruolo centrale che il soccorso istruttorio ha progressivamente assunto nel Codice dei contratti pubblici³⁶.

3. L’evoluzione del soccorso istruttorio nel codice dei contratti pubblici

Il potere-dovere di soccorso istruttorio trova nel settore delle procedure di scelta del contraente pubblico la sua massima applicazione, perché si tratta di procedimenti dominati da molteplici regole formali, che impongono ai partecipanti alla gara e alla stessa amministrazione aggiudicatrice di rispettare una pluralità di disposizioni procedurali a contenuto estremamente dettagliato³⁷. Le stazioni appaltanti, dunque, hanno il dovere di soccorrere i concorrenti che siano incorsi in taluni errori formalistici nella predisposizione della documentazione prodotta in sede di gara³⁸.

Non è, tuttavia, sempre agevole comprendere le condizioni in forza delle quali è possibile esperire tale potere di soccorso istruttorio, considerato che occorre individuare il punto di equilibrio tra le istanze formalistiche, tese a valorizzare la *par condicio competitorum* e quelle sostanzialistiche volte a non alimentare letture rigide ed eccessive, bensì a privilegiare il *favor participationis*, senza trascurare il limite invalicabile rappresentato dal principio di

della domanda; se è individuabile in generale l’effetto richiesto; che questo corrisponda ad un potere oggetto di attribuzione a quella determinata Amministrazione e che tale attribuzione sia normativamente prevista come espressione del relativo potere di domanda astrattamente attribuito al privato. Si veda A. CARBONE, *op. cit.*, pp. 221-222.

³⁵ E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 200.

³⁶ A dire il vero, quello delle procedure di affidamento dei contratti pubblici non è l’unica ipotesi in cui la concorrenzialità entra, potenzialmente, in conflitto con il dovere di soccorso istruttorio. Infatti, analogo discorso può essere condotto anche in relazione ai procedimenti concorsuali che, tuttavia, seguendo logiche parzialmente diverse rispetto alle procedure che ricadono nell’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, esulano dalla presentazione trattazione. Sul punto, si rinvia tra gli altri a: F. GAFFURI, *Il soccorso istruttorio nei concorsi pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 11, p. 2542 ss.; A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. un’analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, in *Diritto Amministrativo*, 2023, 2, p. 373 ss.; C. LAURI, *Soccorso istruttorio e autoresponsabilità nei concorsi pubblici. Un’analisi della giurisprudenza recente*, in *Il foro napoletano*, 2022, 1, p. 219 ss.; A. MANZI, *Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 2520 ss. In giurisprudenza, *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975; Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257; Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2016, n. 3540; Cons. Stato, Sez. II, 28 gennaio 2016, n. 838; Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5759 tutte consultabili giustizia-amministrativa.it.

³⁷ C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, cit., p. 2.

³⁸ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., p. 819.

autoresponsabilità, che impone al privato di accettare le conseguenze del suo comportamento negligente³⁹.

Pertanto, si è assistito ad una tortuosa evoluzione legislativa che, progressivamente, ha contribuito a definire il perimetro applicativo di tale figura ausiliaria.

3.1 (segue) dalle origini alla disciplina del D.lgs. n. 163/2006

Un primigenio riferimento normativo al potere di soccorso istruttorio è rinvenibile nell'art. 27 della direttiva 71/305/CEE, sostanzialmente riproposto nelle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, poi recepite nel D.lgs. n. 358/1992, recante il Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture⁴⁰.

Successivamente, recependo l'art. 51 Dir. 2004/18/CE, che si poneva in continuità con quanto già previsto a livello eurounitario, è stato adottato il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti pubblici, c.d. De Lise⁴¹) che all'art. 46, nel disciplinare il soccorso istruttorio, stabiliva la facoltà per le stazioni appaltanti di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati⁴².

Sin da subito, nel tentativo di assicurare una tutela rafforzata al principio della parità di trattamento, si impose un'interpretazione restrittiva di tale norma, consentendo esclusivamente un'attività di regolarizzazione di tipo formale di documenti e dichiarazioni non richiesti a pena di esclusione, essendo, al contrario, preclusa l'integrazione postuma che avrebbe consentito, in presenza di una domanda incompleta, la presentazione di documenti oltre i termini di scadenza del bando⁴³.

Più nel dettaglio, si era soliti distinguere tra "incompletezza sostanziale", ossia la

³⁹ A. GIACALONE, *Normativa applicabile agli appalti PNRR e l'effetto utile dell'offerta come limite al soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, 3, p. 407 ss., 410.

⁴⁰ Cfr. V. BRIGANTE, *Soccorso istruttorio e dequotazione dei vizi formali: tendenze e dubbi interpretativi*, in *Lexitalia.it*, 2014, p. 1 ss., 2-3; F. GASPARI, *op. cit.*, p. 409. In particolare, l'art. 15 D.lgs. n. 358/1992 riconosceva il potere delle amministrazioni aggiudicatrici di invitare le imprese concorrenti a completare o a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

⁴¹ Di seguito, anche con riferimento alle successive versioni di cui al D.lgs. 50/2016 e D.lgs. n.36/2023, Codice.

⁴² F. GASPARI, *op. cit.*, p. 410. Sull'art. 46 D.lgs n. 163/2003, si veda: S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, in *Foro amministrativo*, 2009, 10, p. 2346 ss.; F. DELFINO, *Commento all'art. 46*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, Roma, Neldiritto, I, 2013; M. MONTEDURO, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando sanzionate con l'esclusione: il labile discrimen tra «integrazione» e «modificazione»*, in *Foro amministrativo*, 2007, p. 3667 ss.

⁴³ Cfr. E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, cit., pp. 508-509. In giurisprudenza, *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280; Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 694; Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6281, Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248, consultabili in *giustizia-amministrativa.it*. In senso critico, sin da subito è stata evidenziata l'esistenza di una sorta di dissonanza tra la previsione di cui all'art. 51 della direttiva UE sugli appalti del 2004, contenente un riferimento espresso alla figura dell'integrazione, e l'art. 46 del Codice che, al contrario, consente solamente le due figure del "completamento" e del "chiarimento". Pertanto, la disciplina nazionale sembrava l'esito di una "mala trasposizione" di quella comunitaria, per effetto della quale un principio generale era stato rilegato a ipotesi eccezionale. Cfr. E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, cit., pp. 507-508; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pp. 432-433.

manca la dichiarazione relativa ad un elemento essenziale dell'offerta, ipotesi in cui era escluso il soccorso istruttorio, e "incompletezza formale", consistente in meri errori materiali o refusi di un'offerta già completa da un punto di vista sostanziale, regolarizzabile attraverso l'istituto in parola⁴⁴.

La disciplina del soccorso istruttorio contenuta nel Codice del 2006 è stata oggetto di due importanti interventi legislativi, nel 2011 e nel 2014.

In primo luogo, la portata di tale istituto è stata ampliata dal D.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 1 *bis* dell'art. 46 cit., in forza del quale la stazione appaltante non poteva escludere un operatore economico al di fuori delle ipotesi legislative previste. Tale modifica operava quale tentativo di ridurre il clima di tendenziale conflitto tra stazioni appaltanti ed operatori economici, generato dalla previgente possibilità per le prime di inserire - discrezionalmente - nel bando clausole escludenti ulteriori rispetto a quelle previste per legge o per regolamento⁴⁵.

Complice l'infelice formulazione legislativa, il rapporto tra principio di tassatività e soccorso istruttorio è stato meglio delineato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il soccorso istruttorio era non una mera facoltà, bensì un doveroso *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione; un'applicazione legale del principio del giusto procedimento che impone all'Amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara⁴⁶.

⁴⁴ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, cit., 510. Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123; Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4842; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397 tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁵ Cfr. F. GASPARI, *op. cit.*, pp. 413-415; A. MANZI, *In attesa della Plenaria... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell'applicazione del cd. soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, p. 1309 ss. Sul principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dalla novella del 2011: G. VIRGA, *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46, c. 1 bis del codice degli appalti*, in *www.lexitalia.it*, 2011; B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amministrativo*, 2013, 3, p. 1057 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità del d.l. 70/2011*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 9, p. 1012 ss.

⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 in *giustizia-amministrativa.it*. In tale occasione, è stato specificato che le procedure di scelta del contraente pubblico sono regolate dal principio di tassatività delle clausole di esclusione, inapplicabile alle fattispecie precedenti al 2011, stante l'impossibilità di qualificare la novella legislativa come legge di interpretazione autentica. Le clausole di esclusione possono dirsi legittime, anche se formali (ossia che ricollegano l'esclusione alla mancanza di un determinato documento senza possibilità di sanatoria), se conformi ai casi tassativi enunciati all'art. 46 comma 1 *bis*, alle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali, anche quando la sanzione dell'esclusione non sia espressamente prevista, purché la legge imponga adempimenti doverosi per i partecipanti alla gara o norme di divieto. Nel Codice, il soccorso istruttorio assume il carattere della doverosità, dispiegando la sua massima portata espansiva, fermo restando il divieto di produrre tardivamente il documento, la dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione. Al contrario, nell'ambito delle procedure concorsuali a cui non si applica il Codice, non sussiste un principio di tassatività delle cause di esclusione, sicché il soccorso istruttorio conserva carattere facoltativo, potendo essere applicato anche nei casi di inosservanza di una prescrizione meramente formale, laddove la stessa non superi un vaglio di ragionevolezza e proporzionalità, tenendo in considerazione anche i principi di correttezza, collaborazione e speditezza che uniformano il procedimento amministrativo. Per una più approfondita disamina

Un'ulteriore tappa dell'evoluzione legislativa del soccorso istruttorio è consistita nell'introduzione del comma 2 *bis* nell'art. 38 ad opera del D.l. 24 giugno 2014, n. 90 - convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114⁴⁷.

Ispirandosi ad una logica antiformalistica, il legislatore ha determinato una radicale inversione di principio, rendendo il soccorso istruttorio un istituto a portata generale attraverso cui era sanabile, superando la discutibile distinzione tra mera regolarizzazione e integrazione, ogni carenza, omissione o irregolarità della domanda, salva l'invariabilità del contenuto dell'offerta, la certezza circa la provenienza della stessa, il rispetto del principio di segretezza, nonché la non modificabilità dei requisiti e delle condizioni dei concorrenti alla scadenza del termine di partecipazione⁴⁸.

Stando, dunque, alla novella del 2014 si distingueva tra "irregolarità essenziali", comprensive della mancata produzione di documenti richiesti, sanabili a fronte del pagamento di una sanzione pecuniaria (c.d. soccorso istruttorio a pagamento), ed altre irregolarità non essenziali, per le quali non si rendeva necessaria neppure la regolarizzazione, trattandosi di "mere" irregolarità⁴⁹.

3.2 (segue) il D.lgs. n. 50/2016

Tale impostazione è stata essenzialmente recepita nel Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 50/2016 che, disattendendo le indicazioni rese dal Consiglio di Stato in sede consultiva, dedicava al soccorso istruttorio il solo comma 9, dell'articolo 83⁵⁰.

Quest'ultimo distingueva essenzialmente tre situazioni diverse a cui corrispondeva un peculiare modo di atteggiarsi del soccorso istruttorio: la prima riguardava le irregolarità

della sentenza si rinvia a R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti. La Plenaria n. 9/2014*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 6, p. 617 ss.; E. M. BARBIERI, *Le clausole di esclusione dalle gare pubbliche ed il principio del soccorso istruttorio secondo l'Adunanza plenaria n. 9/2014*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2014, 2, p. 550 ss.

⁴⁷ P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 12, p. 1290 ss.; M. PASTORE, *La dequotazione dei vizi formali attinenti ai requisiti di partecipazione alle gare di appalto dopo il D.L. n. 90/2014*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2015, 2, p. 18 ss.; S. FOÀ, *Le novità del d.l. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 1147 ss.

⁴⁸ Cfr. F. GASPARI, *op. cit.*, 417; M. FILICE, *op. cit.*, 627. In giurisprudenza, *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106, in *giustizia-amministrativa.it* (sull'immodificabilità dell'offerta); Cons. Stato, sez. III, 1° aprile 2016, n. 1318, in *dejure.it*. (sull'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta); Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412, in *leggiditalia.it* (sulla falsità delle dichiarazioni); Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910, in *giustizia-amministrativa.it* (sui requisiti non originariamente posseduti).

⁴⁹ P. CERBO, *op. cit.*, p. 1292.

⁵⁰ Sull'art. 83, comma 9, D.lgs. n. 50/2016 si vedano: A. MANZI, P. CARUSO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, p. 907 ss.; T. DI NITTO, *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, p. 464 ss.; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche - Settimo aggiornamento*, Milano, Utet Giuridica, 2017, 670 ss.; P. GIAMMARIA, *Art. 83*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 756 ss. In senso critico, è stato evidenziato che il legislatore ha disatteso le indicazioni rese dal Consiglio di Stato in sede consultiva (parere 1° aprile 2016, n. 855) sullo schema di decreto, che aveva suggerito di dedicare al soccorso istruttorio un apposito articolo anche in considerazione della rilevante incidenza sulla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica. Cfr. P. PROVENZANO, *Commento all'art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in G. M. ESPOSITO (a cura di) *Codice dei contratti pubblici*, Utet, Vicenza, p. 1070 ss., 1070-1071.

essenziali, sanabili attraverso il pagamento di una sanzione pecuniaria al momento della regolarizzazione⁵¹; la seconda era dedicata alle irregolarità formali o non essenziali, sanabili, queste, gratuitamente; la terza atteneva alle irregolarità essenziali non sanabili attraverso il soccorso istruttorio perché riguardanti l'offerta tecnica o economica, ovvero perché non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. Inoltre, a differenza del previgente Codice, si ammetteva il soccorso istruttorio, anche nelle ipotesi di irregolarità non essenziali, con riferimento alle quali, in passato, non era richiesta alcuna regolarizzazione⁵².

Da un punto di vista procedimentale, la stazione appaltante assegnava al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché fossero rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le dovevano rendere. In caso di inutile decorso del termine per emendare la documentazione, il concorrente era escluso dalla gara.

Successivamente, a meno di un anno dall'emanazione del Codice, il legislatore è nuovamente intervenuto con l'art 52, comma 1, lett. d), D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. decreto correttivo) che ha determinato un consistente ampliamento dell'ambito di operatività del soccorso istruttorio, intervenendo essenzialmente lungo due direttrici⁵³.

In primo luogo, è stata soppressa la sanzione pecuniaria collegata all'attivazione del procedimento di soccorso che, per l'effetto, è diventato gratuito. Tale scelta recepisce le dure critiche mosse al soccorso istruttorio a pagamento: da un lato, tale meccanismo sembrava incompatibile con il c.d. divieto di *gold plating* che non consentiva l'introduzione o il mantenimento nella legislazione nazionale di livelli di regolazione superiori rispetto a quelli

⁵¹ Sul punto il Codice del 2016, in modo innovativo (in linea con la determinazione ANAC n. 1/2015), specifica che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione", ponendo fine ad un acceso contrasto, anche giurisprudenziale, tra un orientamento più rigoroso secondo cui il pagamento era dovuto a prescindere dalla scelta del contraente di regolarizzare la sua posizione tramite soccorso istruttorio e un altro, poi accolto nell'originaria formulazione della norma, che condizionava l'irrogazione della sanzione alla previa scelta del concorrente di avvalersi del soccorso istruttorio. Vedi P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., p. 831.

⁵² F. GASPARI, *op. cit.*, pp. 420- 422; M. FILICE, *op. cit.*, pp. 625-627. È importante evidenziare che l'originaria formulazione dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 ripropone l'infelice distinzione tra irregolarità essenziali, irregolarità non essenziali e irregolarità formali (imprecisioni che non incidono sull'oggetto dell'offerta, né consentono di dubitare dell'effettivo possesso dei requisiti). Pertanto, si ripropongono le riflessioni già maturate dopo la novella del 2014, circa la corretta individuazione del concetto di "essenzialità" che, secondo la determina ANAC n. 1/2015, riguardava i casi di omissione, incompletezza e ogni altra irregolarità della dichiarazione, che non consentivano l'individuazione del soggetto o del contenuto della dichiarazione stessa. Sotto un diverso punto di vista, sono state evidenziate le preoccupazioni poste dalla categoria delle dichiarazioni non essenziali, che rischiava di collidere con il principio di tassatività delle clausole di esclusioni. Infatti, la dichiarazione o è essenziale perché trova esplicito fondamento in una previsione legislativa o non lo è e, quindi, la sua mancanza originaria o la mancata attivazione del soccorso istruttorio non può condurre all'esclusione del concorrente. Sul punto si veda P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., p. 829; P. CERBO, *op. cit.*, p. 1295.

⁵³ Sul c.d. decreto correttivo del 2017, si vedano: F. APERIO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M. A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 227 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 6, p. 745 ss.

delle direttive europee; dall'altro, esso veniva tacciato di illegittimità costituzionale per c.d. eccesso di delega, visto che la legge delega n. 11/2016 non conteneva alcun riferimento all'onerosità del soccorso istruttorio⁵⁴.

Il legislatore, tuttavia, al fine di non pregiudicare l'effetto deterrente riconosciuto all'onerosità del soccorso istruttorio⁵⁵, ha considerato il mancato utilizzo di tale istituto come un indizio della virtuosità dell'impresa, valutato con il c.d. rating d'impresa⁵⁶.

In secondo luogo, il decreto correttivo ha sostanzialmente ridefinito l'ambito entro cui è ammessa l'operatività dell'istituto, sopprimendo la dubbia categoria delle irregolarità non essenziali.

Il soccorso istruttorio, pertanto, nella versione post 2017, operava nei casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, senza alcun onere per l'operatore economico che, nel termine perentorio fissato dalla stazione appaltante, procedesse alla regolarizzazione, mentre era escluso nelle ipotesi di irregolarità essenziali che non consentissero l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della dichiarazione o che afferiscono all'offerta tecnica o economica⁵⁷.

4. Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Il novellato art. 101 D.lgs. n. 36/2023⁵⁸ interviene all'esito di un percorso normativo piuttosto tormentato, caratterizzato da molteplici modifiche legislative, invero non sempre operanti nella stessa direzione, che si ponevano l'obiettivo di aggiornare l'istituto del soccorso istruttorio, talvolta affermato (e promosso) "sulla carta" e poi contestualmente ostacolato "nei fatti"⁵⁹.

La nuova disciplina si ispira ad una logica semplificatoria e sostanzialistica nel tentativo di evitare, nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della *par condicio competitorum*, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che

⁵⁴ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., pp. 834-835. Sul c.d. soccorso istruttorio a pagamento, vedi A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio "a pagamento" tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 11, p. 1254 ss.; V. BONTEMPI, *I limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio c.d. a pagamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 4, p. 478 ss.; D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 4, p. 498 ss.

⁵⁵ In tal senso, Cons. Stato, comm. Spec., 22 marzo 2017, n. 782, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁶ P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., p. 836.

⁵⁷ F. APERIO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, cit., p. 231.

⁵⁸ Sul soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023), si vedano: A. CIAFARDONI, *Il soccorso istruttorio*, in V. FANTI (a cura di) *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, Napoli, Es, 2023, p. 335 ss.; AA.VV., *Art. 101*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di) *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Es, p. 601 ss.; A. GANDINO, *Il soccorso istruttorio nel D.Lgs. n. 36/2023: verso il definitivo abbandono del formalismo?* in *Giurisprudenza italiana*, 2024, p. 163 ss.; M. Y. BAVARO, *L'evoluzione del soccorso istruttorio alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023)*, in *De Iustitia*, 2024, 1, p. 173 ss.; C. VALENTINO, *Il soccorso istruttorio nel D.Lgs. 36/2023 tra vecchi problemi e nuove soluzioni*, in *Rivista Cammino Diritto*, 2024, 8, p. 1 ss.; S. COCCHI, *L'evoluzione del soccorso istruttorio tra principi normativi e delicati equilibri*, in *Azienditalia*, 2024, 11, p. 1203 ss.

⁵⁹ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., p. 625.

può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara, consistente nella selezione del miglior offerente.

Tale impianto normativo, anticipando quanto verrà meglio specificato nel prosieguo, sembra coerente con il mutato contesto assiologico che governa la disciplina dell'evidenza pubblica, in cui è necessario combinare il raggiungimento del risultato amministrativo con la massima partecipazione dei concorrenti, nell'ambito di un rapporto tra stazione appaltante e operatori economici ispirato ai canoni di fiducia, leale collaborazione e buona fede⁶⁰.

Il D.lgs. n. 36/2023, anche alla luce delle prime interpretazioni offerte dalla giurisprudenza amministrativa, ha il grande merito di definire con maggiore precisione i limiti, le condizioni e i presupposti del "nuovo" soccorso istruttorio.

Innanzitutto, ad una prima lettura dell'art. 101 cit., emerge con evidenza l'eliminazione della distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali che, in relazione ai previgenti Codici, era stata fonte di molteplici dubbi interpretativi e applicativi. Infatti, nel tentativo di risolvere tali problemi, il legislatore ha volutamente optato per un generico riferimento alle omissioni, inesattezze o irregolarità della domanda di partecipazione, senza ulteriori specificazioni.

Quanto alla natura di tale potere, in linea con le precedenti versioni, il nuovo Codice dei contratti pubblici, in relazione all'attivazione del soccorso istruttorio, utilizza il verbo indicativo "assegna"; ciò ne conferma il carattere doveroso, attribuendo effettività alla logica sostanzialistica sottesa a tale istituto, secondo cui la sostanza deve prevalere sulla forma, quando risulti essere fine a sé stessa⁶¹.

D'altronde, la cogenza del soccorso istruttorio, in materia di contratti pubblici si collega al principio del risultato che governa le procedure di evidenza pubblica alla luce dell'art. 1 del D.lgs. n. 36/2023⁶².

Il soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica, infatti, è strumentale alla realizzazione del fondamentale principio della massima partecipazione alle stesse, che costituisce una precondizione necessaria per assicurare alla stazione appaltante la più ampia concorrenza fra imprese e, quindi, il miglior risultato sostanziale ed economico⁶³.

Quest'ultimo viene declinato come selezione della migliore offerta in rapporto alle

⁶⁰ Cfr. *Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici*, 153 consultabile in giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Cfr. C. VALENTINO, *op. cit.*, p. 4; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, *cit.*, p. 19.

⁶² P. MALANETTO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti e nella giurisprudenza - Corso di formazione per magistrati amministrativi di prima nomina, organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa I contratti pubblici*, in giustizia-amministrativa.it, 2025.

Cfr. Sul legame tra risultato e soccorso istruttorio, si veda, tra gli altri: E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, *cit.*; A. GIACALONE, *op. cit.*, p. 411; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, *cit.*, p. 17; S. COLOMBARI, *L'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, p. 742 ss.; G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi*, 2024, 14, p. 232 ss., 239; T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022, p. 166 ss.

⁶³ Cfr. E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, *cit.*, p. 638; F. LIGUORI, *op. cit.*, p. 6.

esigenze della stazione appaltante, premiando il merito degli operatori che si siano contraddistinti per efficienza e innovazione, sorvolando su errori formali che non incidono sulle garanzie sostanziali relative al possesso dei requisiti richiesti dalla legge⁶⁴.

Sotto un profilo funzionale, la giurisprudenza amministrativa ha individuato quattro tipologie di soccorso istruttorio: integrativo/completivo, sanante, in senso stretto e correttivo⁶⁵.

Il soccorso integrativo o completivo⁶⁶, in termini non difforni da quanto già previsto nell'art. 83, comma 9, D.lgs. n. 50/2016, consente di 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.

Si tratta di un'attività che, in termini essenzialmente quantitativi, mira al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara⁶⁷.

Tale integrazione trova un limite nella possibilità per la stazione appaltante di acquisire i documenti necessari direttamente tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico. Da questo punto di vista, il nuovo Codice riconosce con maggiore sicurezza il ruolo e le potenzialità della digitalizzazione delle gare che consente di ridurre, in prospettiva, le forme di asimmetria informativa, causa della mole di documenti richiesti nell'ambito delle procedure di gara. Infatti, grazie alla realizzazione delle banche dati digitali, le stazioni appaltanti possono, in ogni momento e in modo molto agevole, acquisire l'intera documentazione amministrativa relativa ad un determinato operatore economico⁶⁸.

Pertanto, l'impiego degli strumenti digitali conduce ad un tendenziale svuotamento di parte del contenuto del meccanismo di soccorso istruttorio, in quanto la verifica dei requisiti finisce per essere affidata all'interoperabilità delle banche dati⁶⁹.

A ben vedere, ciò attribuisce, al contempo, una nuova linfa all'istituto del soccorso istruttorio, rendendolo uno strumento per consolidare il principio del c.d. *"once only"* ed evitare le derive del c.d. *"once again"*, in modo che i documenti e i dati siano richiesti dalle pubbliche amministrazioni una volta sola o, meglio, che siano acquisiti direttamente mediante sistemi informativi interoperabili⁷⁰.

⁶⁴ *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 07 ottobre 2024, n. 8047; Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2024, n. 295; Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2023, n. 68; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 17 ottobre 2024, n. 18000; Tar Lazio, Roma, Sez. I ter, 19 luglio 2024, n. 14747; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377; T. R. G. A., Bolzano, 25 ottobre 2023, n. 316 consultabili in giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Cons. Stato, 21 agosto 2023, n. 7870 in giustizia-amministrativa.it. Per un approfondimento della pronuncia, si veda: P. COSMAI, *Palazzo Spada, con un obiter dicta, delinea i caratteri del nuovo soccorso*, in *Azienditalia*, 2023, 10, p. 1199 ss.; R. BRIOTTI, *Il soccorso procedimentale nel nuovo codice dei contratti pubblici. Nota a sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023 n. 7870*, in *Il diritto amministrativo*, 2023;

⁶⁶ Art. 101, comma 1, lett. a) D.lgs n. 36/2023.

⁶⁷ Cons. Stato, n. 7870/2023 cit.

⁶⁸ P. MALANETTO, *op. cit.* Cfr. Art. 99, comma 3, D.lgs. n. 36/2023 che sembra recepire l'art. 59 della direttiva 2014/24/UE.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ D. U. GALETTA, S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *op. cit.*, pp. 44-45; G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 3, p. 601 ss., 603.

Di conseguenza, l'apporto della digitalizzazione riveste un ruolo ausiliario per il privato, i cui compiti sono innegabilmente alleggeriti, riducendosi alla conferma e all'aggiornamento dei dati già presenti nelle banche dati nella disponibilità delle stazioni appaltanti. Ciò, in ogni caso, deve essere letto alla luce della generale logica sostanzialistica, ispiratrice della nuova disciplina dell'evidenza pubblica, in cui quello che realmente interessa alla stazione appaltante è l'accertamento dei requisiti per selezionare il miglior offerente.

Sotto un diverso punto di vista, venendo ai limiti del soccorso istruttorio integrativo, è legislativamente esclusa la possibilità di attivarlo con riferimento alla documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica che, per garantire la parità di trattamento tra le imprese concorrenti, il legislatore ritiene non modificabili.

Al contrario, 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.

Tale ultima specificazione sembra rappresentare un'espressa presa di posizione su alcune questioni che, sotto più aspetti, impegnavano la giurisprudenza amministrativa nella vigenza del precedente Codice.

In particolare, quanto alla questione della soccorribilità dei vizi della cauzione provvisoria, l'art. 101 recepisce l'orientamento maggioritario che ammetteva la possibilità di attivare il soccorso istruttorio, purché i documenti prodotti avessero data certa e anteriore allo scadere del termine per la presentazione dell'offerta. Infatti, il soccorso istruttorio non può consentire una rimessione in termini, volta a permettere la produzione di documenti formati *ex post* che, consentendo a un determinato operatore economico di giovare di un termine maggiore per l'acquisizione della documentazione necessaria, avrebbe determinato un pregiudizio per la parità di trattamento⁷¹.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in tema di contratto di avvalimento, rispetto al quale è stata ritenuta percorribile la strada del soccorso istruttorio in caso di sua omessa allegazione, purché il concorrente possa fornire la prova che il contratto si sia perfezionato anteriormente alla conclusione del termine di presentazione delle offerte⁷².

L'espressa menzione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e

⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 01 febbraio 2024, n. 1046; T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, 06 agosto 2024, n. 982; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 01 marzo 2024, n. 1429; Cons. Stato, Sez. V, 03 agosto 2021, n. 5710; Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 11 gennaio 2021, n. 183, consultabili in *giustizia-amministrativa.it*, nonché delibera ANAC 28 luglio 2021, n. 589; delibera 1 aprile 2020, n. 298; delibera 17 aprile 2019, n. 372 e delibera 28 marzo 2018, n. 339 consultabili in *anticorruzione.it*. Sul punto si veda più diffusamente S. INGEGNATTI, *Il soccorso istruttorio e i vizi della cauzione provvisoria*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, 2, p. 207 ss., 211.

⁷² Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 17 ottobre 2024, n. 1800; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2019, n. 5747; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2019, n. 5747; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 15 febbraio 2022, n. 170 consultabili in *giustizia-amministrativa.it*. Per un approfondimento, si vedano A. NICODEMO, *La querelle, non sopita, sui contenuti del contratto di avvalimento e l'inammissibilità del (relativo) soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 6, p. 835 ss.; G. MANGIALARDI, *Mancata allegazione del contratto di avvalimento e soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, 4, p. 559 ss.

dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale a costituire un raggruppamento di imprese consente di riconoscere la valenza intrinsecamente contrattuale di tali documenti, quali parte integrante della documentazione amministrativa. Più nel dettaglio, essi non si limitano a provare l'esistenza di una condizione o qualità preesistente in capo all'impresa, ma sono costitutivi del requisito, vere e proprie manifestazioni di volontà contrattuale⁷³.

Pertanto, è opportuna la previsione contenuta nel nuovo testo legislativo secondo cui il soccorso istruttorio è possibile solo laddove il documento oggetto di integrazione rechi una data certa antecedente alla scadenza dei termini di presentazione dell'offerta, momento ultimo entro cui la volontà dell'operatore economico deve essersi perfezionata⁷⁴.

La seconda tipologia di soccorso istruttorio è quello c.d. sanante⁷⁵, così definito perché consente di sanare, appunto, 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. Esso, dunque, opera in termini di rimedio qualitativo a portata generale, fatta eccezione per omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente⁷⁶.

Peraltro, confrontando l'ipotesi in esame con la precedente formulazione contenuta nel Codice del 2016, è possibile notare che il D.lgs. n. 36/2023 ha ristretto l'area delle omissioni non sanabili attraverso il soccorso istruttorio. Infatti, mentre nella vecchia versione costituivano irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, ad oggi sono non sanabili le sole omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

Tale apertura può essere vista come un'ulteriore conferma dell'approdo sostanzialistico realizzato dal nuovo Codice che, sotto più profili, ha ampliato l'ambito applicativo del soccorso istruttorio.

Inoltre, la nuova disciplina è apprezzabile sotto il profilo della procedimentalizzazione del potere-dovere di soccorso istruttorio.

Infatti, in entrambi i casi previsti dal comma 1, l'art. 101 si è premurato in modo innovativo di individuare anche un termine minimo, pari a cinque giorni, entro cui correggere gli errori della domanda di partecipazione. Tale previsione risponde all'esigenza di evitare contestazioni circa l'esiguità del termine, eventualmente idoneo a frustrare in concreto le possibilità di sanatoria. Entro il termine assegnato dalla stazione appaltante, comunque non superiore a dieci giorni, l'operatore deve adempiere, a pena di esclusione, alle richieste della stazione appaltante⁷⁷.

Tuttavia, è stato specificato che la sanzione dell'esclusione non è legata all'inottemperanza delle richieste avanzante, quanto all'inidoneità dell'offerta presentata⁷⁸.

⁷³ P. MALANETTO, *op. cit.*

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Art. 101, comma 1, lett. b) D.lgs n. 36/2023.

⁷⁶ Cons. Stato, n. 7870/2023 cit.

⁷⁷ Vedi C. VALENTINO, *op. cit.*, pp. 9-11; P. MALANETTO, *op. cit.*

⁷⁸ Cfr. *Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici, cit.*, p. 153.

Ciononostante, la regolazione del soccorso istruttorio deve essere letta alla luce del principio dell'effetto utile di matrice eurounitaria, sicché non è da escludersi che la stazione appaltante, pur dopo la scadenza del termine, possa attivare nuovamente il procedimento di soccorso istruttorio, ove ne residui l'esigenza⁷⁹.

Particolarmente interessante è la previsione del soccorso istruttorio in senso stretto⁸⁰ che abilita la stazione appaltante o l'ente concedente a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto⁸¹.

A tal fine, l'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni. Tuttavia, si evidenzia che in tali ipotesi nella norma non vi è traccia dell'automatismo espulsivo collegato all'inutile decorso del termine assegnato che, al contrario, caratterizza le precedenti ipotesi di soccorso istruttorio.

In ogni caso, i chiarimenti resi possono in alcun modo modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, la cui immutabilità funge da ineludibile presidio della *par condicio competitorum*.

L'ipotesi in esame non può essere considerata un'assoluta novità perché, infatti, recupera gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale. In particolare, i giudici amministrativi, anche sulla scorta della giurisprudenza eurounitaria, hanno sempre ammesso la possibilità di chiedere chiarimenti all'operatore economico, al fine di individuare, pur non potendola modificare, la corretta portata dell'offerta⁸².

Al contrario, la vera novità del Codice è il c.d. soccorso istruttorio correttivo⁸³, insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva. Esso abilita direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite - formale - del rispetto dell'anonimato e - sostanziale - della immutabilità contenutistica. Si tratta di una ipotesi diversa da quella del c.d. soccorso istruttorio in senso stretto perché prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente⁸⁴.

Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari

⁷⁹ P. MALANETTO, *op. cit.*

⁸⁰ Art. 101, comma 3, D.lgs n. 36/2023.

⁸¹ Cons. Stato, n. 7870/2023 cit.

⁸² In tal senso, si vedano *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290; Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2022, n.7353; Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2021, n.1225; Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680; Cons. Stato, 13 dicembre 2018, n. 7039 nonché Cons. Stato, Comm. Spec., pareri 21 marzo 2016, n. 855 e 22 marzo 2017, n. 782 consultabili in *giustizia-amministrativa.it*; ANAC, delibera 26 luglio 2023, n. 370 in *anticorruzione.it*; Corte di Giustizia Europea, ottava sezione, 28 febbraio 2018, causa C 523/16 e C-536/16 - M.A.T.I. SUD S.p.a. c/ Centostazioni S.p.a.; Corte di Giustizia Europea, 10 maggio 2017, causa C-131/16 Archus in *eur-lex.europa.eu*.

⁸³ Art. 101, comma 4, D.lgs n. 36/2023.

⁸⁴ Cons. Stato, n. 7870/2023 cit.

problemi di trasparenza, né impone specifici oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. In ogni caso, la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta. Tendenzialmente la possibilità dell'operatore economico di emendare l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b)⁸⁵.

Al fine di evitare eccessive compromissioni della *par condicio*, tuttavia, tale potere di rettifica deve essere limitato a quegli errori *ictu oculi* percepibili nella loro evidenza materiale (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica), essendo precluso alla stazione appaltante di procedere a indagini ricostruttive della volontà negoziale dell'operatore economico che, al contrario, deve risultare inequivocabilmente dal complesso della documentazione presentata, senza fare ricorso ad ausili esterni⁸⁶.

In sostanza, il D.lgs. n. 36/2023 restituisce l'immagine di un "nuovo" soccorso istruttorio fortemente ampliato nel suo perimetro applicativo attraverso, per un verso, il recepimento e il rafforzamento del principio di tassatività delle clausole di esclusione (art. 10) che si pone in chiave dicotomica rispetto al principio del *favor participationis*, di cui il soccorso istruttorio è manifestazione⁸⁷ e, per l'altro, le diverse forme di soccorso individuate nel novellato art. 101.

Si tratta, dunque, di un tendenzialmente definitivo abbandono del formalismo che ha tradizionalmente governato la materia dei contratti pubblici e che contribuisce a rendere l'esclusione dell'operatore economico una misura residuale⁸⁸.

Per quanto seguendo tale via si giunge ad una valorizzazione del principio di massima partecipazione, non si può, tuttavia, ammettere un'applicazione indiscriminata dell'istituto del soccorso istruttorio. Esso, infatti, trova un limite invalicabile nel principio di autoreponsabilità, secondo cui ciascuno degli operatori economici sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. *Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 153. Tuttavia, in senso critico, è stato evidenziato che tale meccanismo sembra rimettere all'operatore economico l'avvio dell'iter del soccorso istruttorio con conseguente ribaltamento sulla stazione appaltante dell'onere della motivazione del diniego. Inoltre, gli altri concorrenti, a cui è auspicabile che l'attivazione del soccorso istruttorio venga comunicata, hanno l'onere di fare accesso, avente natura esplorativa, agli atti di gara nei confronti di chiunque, onde verificare che non vi sia stata alcuna istanza di rettifica e che quella effettuata non abbia comportato alcuna innovazione dell'offerta. Tale incombenza rischia di porsi in contrasto con la logica semplificatoria sottesa al nuovo Codice. Cfr. P. COSMAI, *op. cit.*, p. 1202; R. BRIOTTI, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁶ *Ex multis*: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 15 ottobre 2024, n. 2852; Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2022, n. 2529; Cons. Stato, Sez. III, 24 febbraio 2020, n. 1347; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2017, 978; T.A.R. Toscana, Sez. III, 24 luglio 2020, n. 970; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 4 luglio 2018, n. 1650 tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁷ G. F. NICODEMO, *Principio di tassatività delle clausole di esclusione e discrezionalità amministrativa: l'approccio del D.Lgs. n. 36/2023 cit.*, p. 601.

⁸⁸ A. GANDINO, *op. cit.*, 163; S. COLOMBARI, *L'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?*, cit., passim.

⁸⁹ *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 05 agosto 2024, n. 696; Cons. Stato, Sez. V, 03 aprile 2023, n. 3434; Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2022, n. 9139; Cons. Stato, 22 dicembre 2022, n. 11250; Cons. Stato, Sez. VI, 30

Ed invero, sotto tale versante, il D.lgs. n. 36/2023 si allinea alla posizione già assunta dal precedente Codice e dalla giurisprudenza in merito alla questione della (non) soccorribilità della mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

In particolare, è previsto che l'operatore indichi, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro⁹⁰. Per quanto tale scelta sembra porsi in controtendenza rispetto alla generale logica sostanzialistica che governa l'istituto del soccorso istruttorio, essa, nella sua natura formalista, è giustificata da una valutazione complessiva degli interessi in gioco⁹¹.

L'autoresponsabilità, diretto precipitato del principio di parità di trattamento, assume, quindi, i caratteri di canone antagonista rispetto al soccorso istruttorio, specie in considerazione della circostanza per cui agli operatori economici, in quanto soggetti di spiccata qualificazione professionale, è richiesto il rispetto del dovere di diligenza in forma rafforzata⁹².

Pertanto, da un lato, attraverso il soccorso istruttorio si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano all'allegazione dei requisiti di ordine generale, riferibili soggettivamente all'operatore economico in quanto tale. Al contrario, il soccorso istruttorio è precluso per gli errori inerenti ai requisiti di ordine speciale, idonei a strutturare i termini

giugno 2021, n. 4916, consultabili in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto, è importante segnalare che la giurisprudenza amministrativa sta continuando a ricoprire un ruolo importante nella definizione del perimetro applicativo del nuovo soccorso istruttorio. In particolare, si deve segnalare la recente ordinanza del 07/01/2025, n. 48, con cui il Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione, oggetto di contrasto tra un orientamento rigorista e uno permissivista, del se l'omesso versamento del contributo ANAC entro i termini di partecipazione ad una procedura pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture determini l'esclusione del concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio oppure se, tale carenza configuri solo irregolarità essenziale sanabile mediante il soccorso istruttorio previa declaratoria di nullità parziale delle eventuali clausole della *lex specialis* che, in senso difforme, contemplino l'esclusione del concorrente.

⁹⁰ Art. 108, comma 9, D.lgs. n. 36/2023.

⁹¹ La soluzione cui si è giunti, esito di un efficace dialogo tra corti nazionali e comunitaria, rappresenta il punto di equilibrio tra dato normativo e giurisprudenziale. In particolare, la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerta dalla procedura di gara senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata nella documentazione. Sull'annosa questione del rapporto tra soccorso istruttorio e oneri di sicurezza aziendali, si vedano tra gli altri: G. F. NICODEMO, *Nessuna esclusione per l'omessa indicazione degli oneri della sicurezza?*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, p. 672 ss.; M. C. AGNELLO, *La regola e l'eccezione: l'ammissibilità del soccorso istruttorio per omessa indicazione separata dei costi degli oneri della sicurezza. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 2 aprile 2020, nn. 7-8*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, p. 1 ss.; L. MARILLOTTI, *L'inapplicabilità del soccorso istruttorio alla mancata indicazione nell'offerta dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza: problema risolto o «uoroboro»?*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, 4, p. 1175 ss.; M. SILVESTRI, *Dall'atipicità alla tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 1976 ss.

⁹² P. COSMAI, *op. cit.*; S. COLOMBARI, *L'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?*, *cit.* Più nel dettaglio, "si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità- rivenienti il fondamento sostanziale negli art. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione" Vedi Ad. plen., n. 9/2014 cit.

dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara⁹³.

Dall'altro, il soccorso istruttorio è attivabile solo nelle ipotesi in cui, pur in presenza di errori formali, il requisito sia realmente posseduto dall'operatore economico alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Infatti, a differenza delle misure di *self-cleaning* attraverso cui l'operatore economico può acquisire un requisito in corso di gara, con il soccorso istruttorio non è mai emendabile una originaria carenza sostanziale. Ragionando altrimenti, si giungerebbe ad un'inaccettabile rimessione in termini per l'operatore economico, idonea a determinare, oltre che un'elusione dei termini del procedimento, anche un aggravio per la procedura di gara⁹⁴.

5. Il soccorso istruttorio nelle gare telematiche

L'istituto del soccorso istruttorio è foriero di interessanti problematiche interpretative e applicative nell'ambito delle gare telematiche, ossia di quelle procedure ad evidenza pubblica in cui la stazione appaltante si avvale in modo pressoché totalitario di strumenti informatici. Si tratta di questioni già sorte nella vigenza dei precedenti Codici dei contratti pubblici, che hanno trovato nuova linfa con l'adozione del D.lgs. n. 36/2023.

L'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, definita la norma più innovativa del nuovo testo legislativo⁹⁵, prevede una embrionale previsione legislativa disciplinante l'impiego dei sistemi digitali, avviando la strada verso una legalità algoritmica idonea, nel lungo periodo, ad assumere una portata generale che travalichi i confini dell'evidenza pubblica⁹⁶.

In via di estrema semplificazione, per quanto di interesse, è una norma avanguardista che

⁹³ Cons. Stato, n. 7870/2023 cit. Tuttavia, non è sempre agevole comprendere se un determinato requisito sia richiesto quale elemento della documentazione amministrativa e, quindi, la sua erroneità è sanabile ovvero rappresenti un requisito tecnico che compone l'offerta tecnica, con conseguente esclusione del soccorso istruttorio. La valutazione sembra preferibilmente da condursi in concreto, non in ragione dell'astratta tipologia documentale, quanto della concreta funzione della gara. Cfr. P. MALANETTO, *op. cit.*

⁹⁴ “[...] resta valido il limite della necessità del concreto possesso dei requisiti, nel senso che resta comunque precluso al concorrente di dotarsi, anche successivamente alla scadenza del termine all'uopo stabilito, di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto” (Cons. Stato, Ad. plen. n. 8/2015, n. 6 e n. 10/2016). In tal senso depone la possibilità di sanare le omissioni formali riguardanti 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, purché documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte. Al contrario, nel caso di c.d. misure di *self-cleaning* (art. 96 D.lgs n. 36/2023), l'operatore economico nonostante sia incorso in una fattispecie per la quale è prevista l'esclusione (sia che la causa si sia verificata prima della presentazione dell'offerta, sia quando si verifichi in corso di gara) può evitarla dimostrando all'Amministrazione di aver assunto misure che lo rendano nuovamente affidabile. Sulle misure di *self-cleaning*, si rinvia a S. COLOMBARI, *I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, p. 1960 ss.; L. SPETRILLO, *Le nuove norme del codice dei contratti pubblici in materia di self cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs n. 36/2023*, in *Il diritto amministrativo*, 2023; I. PICARDI, *Appalti pubblici e self cleaning: secondo la giurisprudenza amministrativa, la regola della valenza pro futuro delle misure rimediali non va applicata in maniera rigida ed acritica* in *Appalti e Contratti*, 2022.

⁹⁵ AA.VV., *Art. 30*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di) *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Es, p. 277 ss.

⁹⁶ A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, Es, 2023, p. 236.

codifica taluni dei principi già elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, come quelli di conoscibilità, non esclusività e non discriminazione, ma sembra peccare in difetto laddove non affronta la questione degli eventuali risvolti negativi connessi all'impiego degli strumenti informatici, non indagando le eventuali responsabilità ad essi connessi, né i rimedi eventualmente esperibili in caso di problemi.

Pertanto, appare estremamente attuale il dibattito, già sorto nella vigenza del Codice del 2016, riguardante la possibilità di applicare l'istituto del soccorso istruttorio nel settore del *public e-procurement* (*public electronic procurement*), al fine di neutralizzare eventuali errori riconducibili alla sfera dell'operatore economico ovvero dell'amministrazione⁹⁷. Sul punto, nella giurisprudenza amministrativa non vi è unanimità di vedute.

Un primo orientamento negativo esclude la possibilità di ricorrere alla sanatoria mediante soccorso istruttorio nelle ipotesi in cui "l'errore digitale", ad esempio la mancanza della firma digitale o la presentazione di un CD vuoto o con documentazione amministrativa illeggibile, commesso dal privato costituisca una irregolarità essenziale nella documentazione che non consenta l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa⁹⁸.

Al contempo, neppure è stato ritenuto attivabile il rimedio del soccorso istruttorio nei casi in cui l'errore fosse meramente formale, ossia di file prodotto dall'operatore economico non "*well-formed*", senza alcuna possibilità di rivendicare alcun legittimo affidamento, né di imporre uno sforzo eccessivo all'amministrazione nella lettura di quel determinato documento⁹⁹. Infatti, in capo ai concorrenti è esigibile un grado elevato di diligenza professionale nel rispetto delle formalità previste dalle procedure di gara telematiche, in modo da non frustrare le potenzialità che gli strumenti digitali offrono¹⁰⁰.

Ciò evidenzia che il generale principio di autoreponsabilità appare particolarmente rafforzato nelle ipotesi di gare telematiche, sicché gli operatori economici non possono pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su un'efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni¹⁰¹.

Inoltre, in termini estremamente restrittivi, si è espressa talvolta la giurisprudenza

⁹⁷ Vedi: A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 3, p. 363 ss.; D. U. GALETTA, S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *op. cit.*; M. CISTARO, *Il principio di leale collaborazione nello svolgimento delle operazioni di presentazione telematica della domanda di partecipazione ad una selezione*, in *Azienditalia*, 2021, 12, p. 1991 ss.

⁹⁸ Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2024, n. 8947; Cons. Stato, Sez. III, 5 novembre 2019, n. 7545; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2019 n. 5751; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 06 luglio 2023, n. 651; Cons. Stato, Sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2020, n. 11598; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2020 n. 138; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 7 gennaio 2020 n. 16; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 novembre 2020, n. 12406; T.A.R. Umbria, Sez. I, 8 aprile 2019, n. 190; T.A.R. Basilicata Potenza, Sez. I, 11 ottobre 2019, n. 746, consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

⁹⁹ Cons. Stato, Sez. III, 11 novembre 2021, n. 7507; Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2018, n. 4065 in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰⁰ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 30 aprile 2021 n. 786; Cons. St., Sez. V, 7 novembre 2016 n. 4645 in *giustizia amministrativa.it*.

¹⁰¹ Cons. Stato, n. 8947/2024 cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448; Cons. Stato, Sez. I, parere 24 gennaio 2020, n. 220 consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

amministrativa ritenendo non sanabile neppure l'ipotesi di mancata presentazione della domanda, nonostante un malfunzionamento del sistema informatico, facendo gravare la relativa responsabilità in capo al privato, che non si era attivato tempestivamente¹⁰².

In sostanza, si tratta di un orientamento molto rigoroso, di stampo formalistico, volto a garantire una tutela massima al principio della *par condicio*, che sarebbe frustrato ove si consentisse ai concorrenti di presentare la domanda oltre i termini di scadenza del bando di gara.

Tale posizione sembra, tuttavia, tradursi in un azzeramento degli obblighi in capo al responsabile del procedimento e in uno svuotamento completo del dovere di soccorso istruttorio¹⁰³.

Al contrario, un secondo orientamento, maggiormente condivisibile, valorizza l'applicazione del soccorso istruttorio nelle procedure di gare telematiche, facendo leva sulla duplice natura dell'istituto, collaborativa e rimediabile, che consente di sanare gli errori in cui sia incorso l'operatore economico in nome della primazia del *favor participationis*¹⁰⁴.

Il punto di partenza di un simile ragionamento sembra essere la circostanza per cui il principio di autoresponsabilità dei concorrenti nelle gare telematiche, anche nelle più gravi ipotesi di mancata o tardiva presentazione della domanda, non può considerarsi assoluto, essendo inevitabilmente condizionato dalla idoneità delle piattaforme informatiche predisposte dall'amministrazione, al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro di quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara da parte dei candidati. Ciò è confermato dalla circostanza per cui la gara telematica non può essere considerata alla stregua del tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato¹⁰⁵.

Pertanto, ove nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontri ostacoli oggettivi, non a lui esclusivamente imputabili, deve essere garantito l'accesso all'istituto del soccorso istruttorio¹⁰⁶.

D'altronde, l'onere per l'amministrazione stessa di accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale sembra configurarsi come contropartita dell'agevolazione che deriva, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali¹⁰⁷.

¹⁰² Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352; Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2019, n. 8760; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 dicembre 2017, n. 2475 in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰³ D. U. GALETTA, S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, *cit.*

¹⁰⁵ *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 09 gennaio 2024, n. 295; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4915; Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2017, n. 5136; Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018 n. 4065; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 giugno 2021, n. 3923; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 10 novembre 2020, n. 709; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, 15 gennaio 2019 n. 530 tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰⁶ Cons. Stato, Sez. VII, 02 maggio 2022, n. 3418; Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021 n. 4918; T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 30 settembre 2024, n. 1377; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2022, n. 730 in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰⁷ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 27 luglio 2022, n. 5016; C.G.A.R.S., Sez. giurisdizionale, 16 febbraio 2021, n. 115; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 03 aprile 2020, n. 461; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 17 novembre 2019, n. 11022; in *giustizia-amministrativa.it*.

Si assiste, dunque, ad un ribaltamento del principio di autoresponsabilità che diviene “pubblica”, in ragione del principio di leale collaborazione tra amministrazione e privato, secondo cui l’amministrazione deve attuare tutte le iniziative necessarie a favorire la partecipazione del privato, neutralizzando il rischio che eventuali disfunzioni del sistema informatico ricadano sugli operatori economici, anche ove questo non abbia dimestichezza con gli strumenti informatici¹⁰⁸.

Ed invero, è stato rilevato come la digitalizzazione richiede un rinnovato rapporto di fiducia tra amministrazione e privato, specie nei contratti pubblici in cui si tratta di operatori economici particolarmente qualificati; pertanto, il dovere di correttezza e buona fede, stante l’indubbia rilevanza costituzionale, diviene il fondamento su cui costruire un nuovo “patto collaborativo digitale”, una nuova “alleanza digitale”, operante reciprocamente sin dall’avvio della procedura e per tutto il rapporto giuridico amministrativo conseguente¹⁰⁹.

In tal senso, emerge un rinnovato interesse per la figura del responsabile del procedimento che potrebbe rappresentare un importante tentativo di colmare il divario digitale che rischia di mettere in crisi il rapporto tra cittadino e amministrazione¹¹⁰.

Alla luce di ciò, assume maggior pregnanza l’orientamento positivo che ammette l’esperibilità del soccorso istruttorio nell’ambito delle gare telematiche, perché sembra configurare attuazione del principio di non esclusività della decisione automatizzata affermato anche nell’art. 30 del Codice. In altre parole, il soccorso istruttorio, fungendo da una sorta di correzione umana agli errori informatici, potrebbe rappresentare una non trascurabile attuazione di quella “riserva di umanità”, necessaria nel tentativo di rendere l’amministrazione digitale “buona” e “responsabile”¹¹¹.

Ancora una volta, il punto di arrivo della riflessione in tema di soccorso istruttorio sembra essere quello della prevalenza della sostanza sulla forma, pur se digitale.

D’altronde, le nuove tecnologie digitali, come già si è avuto modo di evidenziare in precedenza, dispongono di enormi potenzialità che, tuttavia, devono essere inserite nel più generale quadro di disciplina in cui intervengono. Più nel dettaglio, il loro impiego non deve tradire, da un lato, la loro natura intrinsecamente ausiliare, dall’altro, l’obiettivo, particolarmente avvertito in materia di contratti pubblici, di raggiungere il risultato amministrativo.

Difatti, è proprio alla luce della lettura sinergica della funzionalizzazione propria delle tecnologie digitali e della logica del risultato che si comprende perché, anche nelle gare

¹⁰⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 01 luglio 2021, n. 5008; Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891; Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3148; T.A.R. Marche, Ancona, 9 novembre 2020, n. 646; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 15 gennaio 2019, n. 551; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 novembre 2018, n. 10558; T.A.R. Toscana, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 758 tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰⁹ G. M. RACCA, *op. cit.*, p. 602.

¹¹⁰ Cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione* in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di) *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 85 ss., 88-90.

¹¹¹ Cfr. G. M. RACCA, *op. cit.*, spec. p. 612 ss.; A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l’amministrazione automatizzata*, cit. pp. 373-374; G. GALLONE, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una “riserva di umanità” tra spunti codicistici di teoria giuridica dell’automazione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2023, 1, p. 329 ss., spec. 353 ss.

telematiche, il soccorso istruttorio non può che dispiegare la sua portata massima.

6. Il soccorso istruttorio processuale

La logica sostanzialistica sottesa all'istituto del soccorso istruttorio, che ha trovato nell'art. 101 D.lgs. n. 36/2023 una conferma e un rafforzamento, è posta a fondamento anche di quella peculiare figura definita "soccorso istruttorio processuale", che rappresenta l'apice della tendenza al progressivo ampliamento di tale istituto¹¹².

Sul punto, sorprende che il nuovo Codice, pur delegato a sistematizzare gli orientamenti giurisprudenziali più rilevanti, non abbia espressamente recepito il meccanismo del soccorso istruttorio processuale¹¹³.

Tuttavia, proprio alla luce della logica del risultato che permea l'intera nuova disciplina dell'evidenza pubblica, la versione processuale di tale istituto non sembra trascurabile. Si tratta, infatti, di uno strumento attraverso cui il giudice amministrativo, intervenendo in una fase successiva all'aggiudicazione, corregge, nel corso del processo, errori (formali) che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare al concorrente attivando l'obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio¹¹⁴.

Il soccorso istruttorio processuale funge da un vero e proprio aiuto a favore di una delle parti del giudizio che, non provocando un *vulnus* alla terzietà del giudice, contribuisce in modo consistente alla realizzazione del principio di *fairness* sotteso a tale istituto¹¹⁵. Esso consente di documentare in giudizio il possesso di un requisito in capo all'aggiudicatario, richiesto a pena di esclusione dalla gara, ove si tratti di una carenza meramente formale/documentale e non corrisponda ad una carenza sostanziale, giacché esso poteva essere sanato con il soccorso istruttorio in sede di gara, erroneamente non attivato.

¹¹² L. LA ROSA, *Il soccorso istruttorio "in sede processuale": tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 4, p. 494 ss.; F. SAIITA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, cit.; M. MATTALIA, op. cit.; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit.; N. SAIITA, op. cit.; A. PRESTI, *Il soccorso istruttorio "processuale" non viola il principio della par condicio competitorum*, in *laministrativista.it*, 2018; B. ACCONCIAIOCO, N. LOSITO, *Limiti del nuovo soccorso istruttorio e intangibilità dell'offerta. Un'analisi di compatibilità nell'ordinamento euro-unitario*, in *Italiappalti.it*, 2020, p. 1 ss.

¹¹³ P. MALANETTO, op. cit.

¹¹⁴ L'elaborazione di tale istituto si attribuisce essenzialmente alle sentenze gemelle, Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975 e 976. Tuttavia, il principio è stato successivamente ripreso nella giurisprudenza di legittimità e di merito: Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7145; Cons. Stato, Sez. V, 05 aprile 2019, n. 2242; Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2019, n. 1690; Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2019, n. 1312; Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 348; Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 2018, n. 3483; Cons. Stato, 10 aprile 2018, n. 2180 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 17 ottobre 2024, n. 18000; T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 15 giugno 2022, n. 451; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 25 marzo 2022, n. 840; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 13 marzo 2019, n. 357; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I bis, 11 marzo 2019, n. 3168; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 04 dicembre 2018, n. 1114; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 09 marzo 2018, n. 666; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, Sentenza, 13 novembre 2017, n. 1192; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 24 luglio 2017, n. 983; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, Sentenza, 13 febbraio 2015, n. 465, tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it.it*

¹¹⁵ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 634. Peraltro, secondo autorevole dottrina, come suggerisce il nome, il soccorso istruttorio troverebbe nel processo amministrativo il suo terreno elettivo, cfr. N. SAIITA, op. cit., p. 391 ss.

La disciplina della procedura di gara, infatti, 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.

Peraltro, la tardiva produzione in giudizio del documento attestante il possesso dei requisiti richiesti non si pone neppure in contrasto con il principio della *par condicio*, perché il rischio di una sua violazione è scongiurato principalmente dalla circostanza per cui l'impresa concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento.

Ragionando altrimenti, si giungerebbe a una sostanziale disapplicazione della disciplina introdotta dal legislatore, al fine di evitare le esclusioni dalle gare di appalto per ragioni meramente formali.

Inoltre, l'ammissibilità del soccorso istruttorio processuale risponde anche ad esigenze di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, perché consente di rimediare alle carenze formali evitando di dover avviare una nuova procedura di selezione, che risulterebbe assai gravosa sia per il privato che per l'amministrazione.

La giurisprudenza, tuttavia, nel tentativo di perimetrare l'ambito di tale figura, impone all'impresa l'onere di provare in giudizio ex art. 2697 c.c., pur con semplici memorie difensive e senza necessità di ricorso incidentale, l'effettivo possesso del requisito, nonostante l'eccezionale carenza formale della relativa dichiarazione, nonché di superare la c.d. prova di resistenza, ossia la circostanza per cui, ove la procedura di soccorso istruttorio fosse stata attivata correttamente, l'esito sarebbe stato ad essa favorevole. Pertanto, l'eventuale carenza documentale può essere emendata solo su istanza di parte, e mai d'ufficio.

In ogni caso, è bene specificare che tale attività sanante è consentita al giudice amministrativo entro i limiti derivanti dalla natura del potere esercitato dall'amministrazione. Ove l'accertamento del requisito si fondi su valutazioni di tipo vincolato, è agevole replicarle in giudizio; in presenza di apprezzamenti discrezionali, al contrario, resta precluso al giudice amministrativo la possibilità di attivare il soccorso processuale, che si configurerebbe come una indebita invasione della sfera riservata all'amministrazione, dovendo, quindi, procedere alla necessaria riedizione della gara.

In sostanza, l'elemento dirimente a favore dell'ammissibilità del soccorso istruttorio processuale riguarda il principio di autoresponsabilità nel processo, speculare rispetto al principio di autoresponsabilità nel procedimento, che fa gravare sulla parte interessata l'onere di dimostrare l'esistenza, in concreto, delle condizioni necessarie per attivare tale rimedio¹¹⁶.

Il soccorso istruttorio processuale rappresenta, quindi, una forma qualificata di partecipazione, un momento di dialogo posto a valle di un conflitto già insorto attraverso cui, anche sul versante processuale, si assiste ad una de-quotazione di errori formali dando prevalenza, in chiave garantistica, alla sostanza sulla forma¹¹⁷.

Non ammettere la produzione di un documento attestante il possesso dei requisiti

¹¹⁶ L. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 498-499.

richiesti dalla legge, in ragione della fase processuale in cui la questione sorge, sembrerebbe porsi in aperto contrasto rispetto alla complessiva logica del risultato.

Pertanto, pur nel silenzio del legislatore, è condivisibile l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che nelle procedure di evidenza pubblica riconosce al soccorso istruttorio, anche processuale, il compito di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano - laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in un inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa¹¹⁸.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui si è cercato di evidenziare, anche in considerazione di talune interessanti applicazioni pratiche come quelle nel corso delle gare telematiche e nel processo, il soccorso istruttorio, specialmente nella materia dei contratti pubblici, rappresenta un istituto in forte crescita.

Esso, consentendo la correzione di errori e la richiesta di chiarimenti nei limiti anzidetti, rappresenta il punto di equilibrio tra il *principio del favor participationis* e quello della *par condicio competitorum*, fermo restando il limite imposto dal principio di autoresponsabilità. In tal senso, combinando il principio di proporzionalità con quello di leale collaborazione, attraverso il dovere di soccorso, si giunge a ritenere l'esclusione dei concorrenti - per motivi squisitamente formali - l'eccezione¹¹⁹.

La *ratio* sottesa a tale scelta, quanto mai valorizzata nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici, non deve essere individuata nel tentativo di aiutare taluno dei partecipanti alla gara, quanto nell'esigenza di evitare che l'azione del soggetto pubblico sia caratterizzata da un eccessivo formalismo che potrebbe pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito¹²⁰.

In tal senso, il soccorso istruttorio si pone come garante di una partecipazione quanto più ampia e inclusiva degli operatori economici alle procedure di gara, in piena coerenza con il principio di libero accesso al mercato¹²¹. Questa ampia partecipazione non è fine a sé stessa, ma diviene uno strumento fondamentale per assicurare la selezione del contratto più vantaggioso da affidare ed eseguire, nel pieno rispetto dei principi cardine di legalità,

¹¹⁷ Cfr. M. MATTALIA, *op. cit.*, p. 577; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, *cit.*, p. 636. Peraltro, quest'Ultimo evidenzia una differenza fondamentale tra il soccorso istruttorio, anche processuale, e il meccanismo di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, legge n. 241/90 sebbene ispirati ad una comune direttiva antiformalistica. Più nel dettaglio, il soccorso istruttorio, posta la rilevanza del principio competitivo-concorsuale nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, opera in presenza di irregolarità che devono essere necessariamente sanate, differenziandosi dalle mere irregolarità ex art. 21 *octies*, comma 2, non traslabili in materia di contratti pubblici, per le quali l'eventuale correzione appare superflua.

¹¹⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 2024, n. 6961 in *giustizia-amministrativa.it*.

¹¹⁹ F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, *cit.*, p. 3.

¹²⁰ M. CALABRÒ, A. G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 2, p. 1 ss., 13.

¹²¹ *Ibidem*.

risultato, trasparenza e concorrenza.

È evidente, dunque, che il pieno dispiegamento degli effetti positivi del soccorso istruttorio presuppone una “benevola” interpretazione delle regole del gioco, che consenta di valorizzare la strumentalità delle forme, evitando di incorrere in sterili formalismi che rischierebbero di ostacolare la realizzazione del miglior risultato auspicato dalla normativa e, al contempo, di limitare ingiustificatamente l'accesso al mercato per gli operatori economici potenzialmente idonei¹²².

Tali sforzi, peraltro, assumono un significato maggiore se letti alla luce del nuovo principio di fiducia (art. 2 D.lgs. n. 36/2023) che deve improntare il rapporto tra pubblica amministrazione e gli operatori economici e di cui il soccorso istruttorio non è altro che un'esplicitazione¹²³.

Ciononostante, il perseguimento del risultato per il tramite del soccorso istruttorio, da un lato, non può mai entrare in conflitto con il principio di *par condicio*¹²⁴, dall'altro, non deve porsi in contrasto con il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo posto dall'art. 1, co. 2, della l. n. 241/1990¹²⁵.

Sotto quest'ultimo profilo, l'istituto del soccorso istruttorio, ammettendo la sanatoria delle irregolarità formali della domanda, scongiura un'inutile e patologica duplicazione del procedimento di gara che si avrebbe ove venisse annullata l'aggiudicazione viziata da un errore meramente formale¹²⁶; sicché esso si configura come attuazione del più ampio principio di semplificazione che uniforma in modo sempre più pregnante l'attività della pubblica amministrazione¹²⁷.

D'altronde, nonostante il sub-procedimento di soccorso, in cui la pubblica amministrazione instaura un dialogo con il privato, determini indubbiamente una maggiore attività da compiere e un conseguente allungamento dei tempi di conclusione del procedimento, esso può essere considerato una “complicazione utile”. Tale istituto, infatti, diviene uno strumento per garantire la ragionevolezza del rapporto amministrativo, nel

¹²² F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”*, cit., p. 19; C. E. GALLO, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2023, 4, p. 767 ss., 779. In particolare, è stata evidenziata la differenza sussistente tra forma e formalismi: la prima, costituisce un presidio ineliminabile per realizzare la trasparenza ed attuare il principio di non discriminazione nei contratti pubblici, perciò, non è incompatibile con la logica del miglior risultato; i secondi, invece, rappresentano un'estremizzazione del concetto di presidio formale minimo che finisce per compromettere il raggiungimento del risultato. Cfr. E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., p. 642.

¹²³ R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 2023, 17, p. 271 ss., 276.

¹²⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1372; Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896 in *giustizia-amministrativa.it*. Vedi S. COLOMBARI, *L'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?*, cit., p. 752.

¹²⁵ A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, p. 201 ss.

¹²⁶ *Ivi*, 203.

¹²⁷ E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., spec. p. 53 ss.; F. LIGUORI, *L'azione amministrativa*, Napoli, Es, 2023, p. 89.

comune interesse del privato e della pubblica amministrazione¹²⁸.

In particolare, anche alla luce del più ampio principio di semplicità dell'azione amministrativa di matrice eurounitaria, il soccorso istruttorio consente l'esattezza, l'appropriatezza e la completezza della decisione amministrativa garantendone, al contempo, celerità e qualità¹²⁹.

Pertanto, è evidente come la direttiva antiformalistica a cui si ispira la disciplina del soccorso istruttorio si combina sinergicamente con la logica funzionale tipica dell'amministrazione di risultato, recepita e accresciuta all'interno del D.lgs. n. 36/2023. Quest'ultimo, infatti, eleva il risultato a criterio interpretativo e applicativo prioritario di tutta la disciplina dell'evidenza pubblica, nonché, sotto alcuni aspetti, parametro di legittimità della stessa.

In tale contesto, sembra, dunque, quanto mai rilevante il ruolo del soccorso istruttorio fortemente ampliato nel quadro normativo vigente che, rappresentando un ineludibile strumento per perseguire l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, rappresenta un tentativo, può dirsi riuscito, di attuare realmente la logica del risultato nella materia dei contratti pubblici.

¹²⁸ *Ivi*, p. 64.

¹²⁹ *Ivi*, pp. 66-67.