

Le quattro modalità operative del soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Scritto da Interdata Cuzzola | 12/11/2024

Come è noto, l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 della legge n. 241/1990), ad un fondamentale principio antiformalistico che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico 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 inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa.

In tale prospettiva, la regola - che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 bis legge n. 241/1990) - ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale vi dedica (a differenza del Codice previgente, che lo disciplina a margine dei criteri di selezione delle offerte: cfr. art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016) una autonoma e più articolata disposizione (art. 101 d.lgs. n. 36/2023) superando talune incertezze maturate nella prassi operativa (in tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 sent. agosto 2023, n. 7870).

Pertanto, utilizzando tale disposto normativo in chiave teleologica ed in funzione esegetica dell'art. 83 comma 9 d.lgs. 50 del 2016, secondo quanto ritenuto dal Consiglio di Stato nel citato precedente (21 agosto 2023 n. 7870) e come ricordato dal TAR Lazio, Roma, sez. V, nella sent. 17 ottobre 2024, n. 18000, è possibile distinguere tra:

1. soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);
2. soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);
3. soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - 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

assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;

4. soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall’iniziativa e dall’impulso della stazione appaltante o dell’ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando 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 immodificabilità contenutistica.

La norma del nuovo Codice, inoltre, si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte):

1. a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria;
2. b) l’omessa allegazione del contratto di avvalimento;
3. c) la carenza dell’impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.