



NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI. ISTITUTO SOCCORSO ISTRUTTORIO. PREVISIONE SOCCORSO CORRETTIVO. ART. 101, COMMA 4, D.LGVO N. 36/2023

Posted on 5 Settembre 2023



Category: [Opere pubbliche](#)

Si segnala una recentissima pronuncia del [Consiglio di Stato Sez. V, del 21 agosto 2023 n. 7870](#) con la quale vengono forniti utili chiarimenti sulla portata innovativa **dell'art. 101, comma 4, del Nuovo Codice dei Contratti** (Decreto Legislativo n. 36/2023), che, in tema di soccorso istruttorio, riconosce *ex lege* **"il soccorso correttivo"** volto a consentire all'O.E. **di integrare o sanare, entro il giorno fissato per l'apertura delle offerte** *"...la documentazione amministrativa ovvero (ma in tal caso, è il caso di aggiungere, senza automatismi espulsivi) chiarire ed illustrare, nei termini (e nei limiti della specifica richiesta, il tenore della propria offerta..."* (art. 101, comma 4, D.Lgvo n. 36/2023).

Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato, fornendo una lettura corretta della norma sopra citata, ribadisce che l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale *direttiva antiformalistica* che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati, evitando, 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 disutile 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 anche di derivazione comunitaria che richiede il rispetto del *"...canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici"* (si veda art. 1, comma 2 *bis* legge n. 241/1990), ha visto riconosciuta il suo punto di forza nella nuova realtà normativa, quale è appunto il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, con il riconoscimento *ex lege* del soccorso correttivo nei termini sopra indicati.

Il Consiglio di Stato, dunque, pur riconoscendo *"...la più ariosa prospettiva "* fornita dal comma 4 dell'articolo 101 del Nuovo codice dei Contratti, ritiene utile ribadire, quanto era già oggetto dell'art. 83, comma 9 del D.Lvo n. 50/2016, ovvero che *"...si dovrà, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra:*

*a) **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);*

*b) **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);*

*c) **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;

d) **soccorso correttivo** (comma 4, ampliamento di previsione n.d.r): 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...

Il Consiglio di Stato, tuttavia, proprio per non consentire abusive operazione esegetiche da parte degli operatori del settore, afferma che il programmatico ampliamento del soccorso istruttorio (**soccorso correttivo, nella fase ante apertura offerte**) non deve *"..lasciare adito ad abusive ricostruzioni esegetiche..."* per non collidere con *"... **il canone di autoresponsabilità** che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravii imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, un forma di immeritevole abuso)"*.

In conclusione, il Consiglio di Stato ammette il soccorso istruttorio anche nella formulazione resa più ampia dal novellato art. 101, comma 4 del Codice dei contratti, purchè non si leda il principio di concorrenza.

In definitiva *"...deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa...In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara).*

