

# **L'interpretazione giurisprudenziale dell'istituto del soccorso istruttorio nella prospettiva del nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 7870/2023**

*di Federico Pingitore*

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Fatti di causa e successive vicende processuali; 3. L'evoluzione interpretativa dell'istituto del soccorso istruttorio; 4. La tesi della società appellante; 5. Le motivazioni del Consiglio di Stato nella sentenza n. 7870/2023; 6. Osservazioni conclusive.

## *1. Premessa*

Il presente contributo è volto all'analisi della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 21/08/2023 n. 7870, mediante la quale i giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo di esprimersi in ordine all'esperibilità del soccorso istruttorio nell'ambito del diritto dei contratti pubblici alla luce della nuova disciplina introdotta dal D. Lgs. n. 36/2023<sup>1</sup>.

La peculiarità della sentenza risiede proprio nello spazio temporale in cui è stata pubblicata, e cioè poco più di un mese dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici, il quale, recependo posizioni giurisprudenziali e dottrinali sviluppatasi quasi nell'arco di un decennio<sup>2</sup>, ha dato, finalmente, una posizione di assoluta rilevanza all'istituto del soccorso istruttorio nell'ambito della contrattualistica pubblica.

---

<sup>1</sup> F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziansieme.it*, 8.6.2023; M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziansieme.it*, 21.12.2022; C. GUCCIONE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici in G.U.: le principali novità*, *Altalex*, 3.4.2023;

<sup>2</sup> Invero, attuando quanto disposto all'art. 1, comma 1, Legge Delega n. 78/2022 il quale prevede espressamente che: "1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate".

Alla luce di quanto appena rappresentato, il Consiglio di Stato ha avuto modo di esporre, ancora una volta, una più compiuta esegesi del soccorso istruttorio così come disciplinato dall'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016, ma, questa volta, “*buttando un occhio al futuro*” in ordine alla funzione deontologicamente prevista per il ridetto istituto anche alla luce della sua nuova formulazione normativa, compiutamente contenuta nell'art. 101 D. Lgs. n. 36/2023<sup>3</sup>.

Lo scopo, dunque, del presente contributo è di individuare e, soprattutto, cogliere eventuali segni di un'interpretazione più estensiva, ovvero restrittiva, da parte del Supremo Consesso della giustizia amministrativa in ordine all'applicazione del soccorso istruttorio nelle procedure di evidenza pubblica.

## *2. Fatti di causa e successive vicende processuali*

La sentenza n. 7870/2023 trae origine da una controversia sorta, ancorché a seguito di correlato soccorso istruttorio, dall'esclusione di un operatore economico nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica.

Più specificamente, in data 16.2.2022 il Ministero della Giustizia indiceva una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 63 D. Lgs. n. 50/2016 finalizzata all'affidamento del servizio di “digitalizzazione dei fascicoli giudiziari, ibridi e cartacei”, iscritti negli anni 2016-2026, di Tribunali, Corti d'Appello e Suprema Corte di Cassazione da aggiudicare con il criterio del minor prezzo.

Orbene, l'art. 7.1 del capitolato speciale di gara, conformemente al disciplinare, prevedeva quale **requisito di partecipazione** in ordine al ruolo di “responsabile unico” e “coordinatore” del servizio di ogni singolo lotto, il possesso necessario di una laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali “*o equivalenti*”.

Risulta necessario sottolineare come, a fronte di un quesito avente ad oggetto proprio una richiesta di chiarimenti circa il significato da attribuire al termine “*o equivalenti*”, la S.A. avesse messo in evidenza, essenzialmente, due temi: 1) il termine doveva essere inteso quale “lauree considerate equivalenti” in ordine a discipline attigue a quelle tecnico-scientifiche ed economico-gestionali; 2) il termine sottintendeva, altresì, la possibilità di presentare titoli “equipollenti”, in ordine ai quali sarebbe stata applicata la normativa specifica che definisce l'equipollenza dei titoli accademici.

Alla procedura di gara partecipava la D.M. S.p.A. nei confronti della quale il R.U.P. attivava il procedimento di soccorso istruttorio.

---

<sup>3</sup> E. SERRA, *Il soccorso istruttorio nel Codice Appalti 2023*, in *Lavori Pubblici*, 15.9.2023; ancor più precipuamente si veda A. UBALDI, *Nuovo codice appalti: il CDS ricostruisce la disciplina del soccorso istruttorio*, in *Altalex*, 14.9.2023.

L'esperimento del soccorso istruttorio era stato ritenuto necessario in quanto l'operatore economico, in sede di offerta, aveva allegato un *curriculum* nel quale veniva indicato il possesso di un titolo di studio conseguito all'estero da parte di un soggetto che, di poi, avrebbe dovuto rivestire il ruolo di "Responsabile di servizio". La S.A., pertanto, richiedeva all'operatore la dichiarazione di equipollenza.

A fronte di un riscontro dell'operatore economico, in cui si dichiarava l'inesistenza di una dichiarazione di equipollenza, essendo il titolo stato conseguito in un Paese dell'Unione Europea, con Determinazione del 2.8.2022 il R.U.P. disponeva l'esclusione della D.M. S.p.A. dalla procedura di gara, sul motivato rilievo che *"per curriculum del Responsabile di Servizio del lotto 15 la laurea dichiarata nel CV depositato in sede di offerta fosse una laurea estera per cui non era mai stata richiesta la dichiarazione di equipollenza al Consolato"* e che *"trattandosi di requisito di partecipazione relativo alla capacità tecnico professionale, come indicato al punto 8.3 del Disciplinare di gara, il mancato possesso ... non fosse sanabile con soccorso istruttorio"*.

La S.A., infatti, riteneva di dover escludere la D.M. S.p.A. in quanto deficitaria in ordine ai requisiti cc.dd. specifici di cui all'art. 83 D. Lgs. n. 50/2016. Ciò in quanto, a seguito di soccorso istruttorio l'operatore economico non aveva proceduto alla *"regolarizzazione"* richiesta e, pertanto, doveva essere necessariamente escluso dalla gara<sup>4</sup>.

L'operatore economico impugnava il provvedimento di esclusione innanzi al T.A.R. competente, il quale, investito della questione, respingeva il ricorso<sup>5</sup>, intendendo il possesso della laurea *equipollente* come requisito specifico dell'offerta tecnica e, di conseguenza, non sanabile mediante l'esperimento di soccorso istruttorio che, come noto, ai sensi dell'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016 può afferire solo a carenze inerenti ad elementi formali dell'offerta, ovvero a mere irregolarità<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> L'art. 83, comma 9, terzo capoverso, D. Lgs. n. 50/2016 prevede che: *"In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"*.

<sup>5</sup> T.A.R. Lazio – Roma, sentenza n. 13055/2022;

<sup>6</sup> L'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016 prevede che: *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*.

Invero, risulta doveroso, in questa sede, ribadire la differenza che intercorre fra “requisiti generali”<sup>7</sup> e “requisiti specifici”<sup>8</sup>: i primi devono sussistere in capo all’operatore economico *a priori* per la partecipazione alla gara, mentre i secondi attengono alla sfera più squisitamente professionale ed imprenditoriale dell’operatore economico. Orbene, in via prettamente teorica i due insiemi, in quanto funzionalmente diversi, non dovrebbero essere interconnessi, soprattutto nella fase di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante. Tuttavia, è sempre più frequente come la stazione appaltante valuti e, addirittura, assegni punteggi più alti non solo sulla base delle offerte presentate dagli operatori economici ma anche sulla base dei loro requisiti soggettivi.

Tale *modus operandi* è stato, peraltro, confermato, seppur con doverosa accortezza, anche dalla giurisprudenza<sup>9</sup>.

Il T.A.R. Lazio Roma, dunque, nel caso di specie, ha disatteso quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa sulla possibilità di valutazione “attenuata” dei requisiti di partecipazione alla stregua di elementi dell’offerta.

Con ricorso in appello, la società D.M. S.p.A. adiva il Consiglio di Stato onde ottenere l’annullamento della sentenza di primo grado emessa dal T.A.R. capitolino.

Ai fini di una più circoscritta e puntuale indagine, in questa sede, risulta comunque necessario esporre come l’operatore economico, nel proprio ricorso in appello, avesse evidenziato proprio l’illegittimità della condotta della S.A. nella parte in cui non aveva attivato il soccorso istruttorio onde consentire all’o.e. la produzione della dichiarazione di equipollenza o,

---

<sup>7</sup> Art. 80 D. Lgs. n. 50/2016.

<sup>8</sup> Art. 83 D. Lgs. n. 50/2016.

<sup>9</sup> Il Consiglio di Stato, unitamente ai vari T.A.R., ha aperto alla possibilità di valutazione, in sede di offerta, di elementi attinenti ai requisiti di partecipazione, seppur in maniera “attenuata”. Sul punto si veda Cons. Stato, Sez. III, 23/02/2023, n. 1887 laddove si afferma che: “*Nel riconfermare il fondamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell’offerta, va specificato che ne è tuttavia consentita un’applicazione attenuata, secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, quando sia dimostrato, caso per caso, che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell’esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte*”. A suffragio di questa tesi si veda anche T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, sent. n. 719/2022; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, sent. n. 472/2021; in particolare T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, sent. n. 593/2020: “*Il divieto di commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell’offerta vigente nell’ambito delle gare pubbliche, non deve essere applicato in modo meccanicistico, dovendosi temperarne la portata qualora determinati requisiti di partecipazione, pur se attinenti alle caratteristiche soggettive dell’offerente, siano tuttavia idonei ad essere apprezzati quale garanzia della prestazione del servizio, in quanto incidenti sulle modalità esecutive dello stesso, e quindi, come parametro idoneo ad esprimere talune caratteristiche oggettive dell’offerta*”.

comunque, a procedere all'indicazione di un altro soggetto per rivestire il ruolo di Responsabile di servizio, in quanto in possesso di laurea magistrale conseguita in Italia.

L'operatore economico appellante sosteneva il suddetto motivo sulla scorta di recenti pronunce, conformi sul medesimo tema, del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (su cui si esporrà *infra*), soprattutto per quanto riguarda la lettura interpretativa che, poi, nella sentenza in questione, ne ha dato il Consiglio di Stato.

### 3. *L'evoluzione interpretativa dell'istituto del soccorso istruttorio*

Come è noto l'istituto del soccorso istruttorio, seppur espressamente introdotto dalla Dir. n. 71/ 305/CEE in materia di lavori pubblici, che rimetteva all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di “*invitare l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli*”<sup>10</sup>, discende da un più ampio principio del diritto amministrativo, compiutamente cristallizzato nell'art. 6, comma 1, lett. b) L. n. 241/1990<sup>[11]</sup><sup>[12]</sup>, in relazione al quale il responsabile del procedimento è tenuto, tra le tante attività richieste, ad “*interloquire*” pedissequamente con l'altra parte del procedimento, richiedendo a questa tutte le necessarie informazioni, dichiarazioni e/o integrazioni, in ordine ad elementi già in possesso dell'Amministrazione in ragione, *in primis*, dell'art. 3 L. n.

<sup>10</sup> Così M. FILICE, *Dalla “caccia all'errore” alla verifica sostanziale: la parabola del soccorso istruttorio*, in *Giorn. dir. amm.* n. 5/2022

<sup>11</sup> Art. 6 L. n. 241/1990: “*1. Il responsabile del procedimento: a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento; b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali; c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14; d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti; e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*”.

<sup>12</sup> Si veda anche: A. MANZI, P. CARUSO, “*Il nuovo soccorso istruttorio*”, in *Urb. e app.*, n. 9, 1° agosto 2016, p. 907; A. MANZI, “*Percorsi di giurisprudenza – il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*”, *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 1° novembre 2016, p. 2520; S. CRESTA, L. POLITO, “*Percorsi di giurisprudenza – il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica*”, *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 1° novembre 2017, p. 2516.

241/1990<sup>13</sup> ma, soprattutto, alla luce dei più generali principi di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione, costituzionalmente garantiti all'art. 97 Cost<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 9/2014: << [...] b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 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 gara [...] >>;

<sup>14</sup> ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131; AMOROSO, *Dirigenza pubblica e spoils system nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro It.*, 2009, I, 1333 ss.; BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 25; BOSI OC, *Un punto fermo o un passo indietro nella nozione di buon andamento della pubblica amministrazione? Brevi note alla sentenza n. 24/2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di sanzioni pecuniarie in materia edilizia*, in *www.osservatorioaic.it*, 2017; R. CARANTA, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, 307; CARETTI, *Art. 97 1° comma, parte I Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 1 ss.; R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *www.giurcost.org*, 2014; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 63; CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di S. CASSESE., I, 2ª ed., Milano, 2003, 173 ss.; DE GOTZEN, *Il principio del pubblico concorso ed eccezioni alla regola per motivi di pubblico interesse. Concorsi riservati e utilizzo di graduatorie esistenti*, in *Le Regioni*, 2013; DORMAGEN, *Pourquoi il n'y a plus de haute fonction publique en Italie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 59; FIORILLO, *Incarichi di funzione dirigenziale e spoils system: la Corte costituzionale definisce il quadro di operatività dell'istituto*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, 2693 ss.; LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino*, Milano, 1952; LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003; B. G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 642; MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; PERTICI, *I limiti di derogabilità alla regola del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi: una riserva di legge (sempre più) rinforzata in via giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3602 ss.; PINELLI, *Art. 97 1° comma, parte II Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994a, 31 ss.; C. PINELLI, *Art. 97 2° comma Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994b, 252 ss.; PINELLI, *Art. 97 3° comma, sezione I Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994c, 320 ss.; PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico mortale*, in *Il diritto dell'economia: rivista quadrimestrale di dottrina, giurisprudenza e documentazione*, 2015, 1, 35-47; POTOTSCHNIG, *Art. 97 3° comma, sezione II Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 361 ss.; RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, in *Diritto e società*, 2004, 551; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma,

Il soccorso istruttorio non è altro, dunque, che la declinazione specifica, nel diritto dei contratti pubblici, dell'obbligo di cui all'art. 6 L. n. 241/1990<sup>15</sup>. Tuttavia, non si può, in questa sede, non evidenziare come tale istituto, seppur trasversalmente presente sotto varie forme sin dagli anni '60<sup>16</sup>, abbia ricevuto una degna considerazione solo nell'attuale Codice dei Contratti pubblici, il quale, alla luce anche delle osservazioni del Consiglio di Stato<sup>17</sup> già presenti, a dire il vero, sino a poco prima dell'adozione del

1989; SORICELLI, *Lo spoils system tra politica ed amministrazione. Profili ricostruttivi e nuove prospettive*, in *Diritto Amministrativo*, Roma, 9, 2018.

<sup>15</sup> Sulla derivazione funzionale del soccorso istruttorio nella legge generale del procedimento amministrativo si veda F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, II ed., Milano, 2017, 343 ss., spec. 352 ss.; si veda anche T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III ter sent. n. 10687 del 3.9.2019 secondo cui: “*Ai sensi dell'art. 6 della L. n. 241 del 1990, deve osservarsi che gli istituti del preavviso di rigetto e/o della comunicazione d'avvio del procedimento, temperando l'esigenza di partecipazione dei privati con i doveri di speditezza e di non aggravamento del procedimento amministrativo, rivestono la stessa funzione del potere-dovere di soccorso istruttorio*”.

<sup>16</sup> Il richiamo è, ad esempio, a Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 novembre 1960 n. 782, in *Foro amm.*, 1961, pag. 298 e ss.

<sup>17</sup> Proprio il Consiglio di Stato, nel parere del 1° aprile 2016, nell'ottica della nuova formulazione legislativa presente all'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016 esprimeva le seguenti perplessità: “*In relazione al comma 9 (che riguarda il rilevantisimo tema del soccorso istruttorio) si osserva quanto segue. Sotto il profilo lessicale, la formula "soccorso istruttorio", utilizzata solo nella rubrica, dovrebbe essere sviluppata nel testo dell'articolato, ad esempio, mediante una formula di apertura: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma (o articolo). Considerando l'incidenza della disciplina sul corretto svolgimento della procedura, mediante un equilibrato bilanciamento tra i principi di massima partecipazione, semplificazione, par condicio e tutela della concorrenza, si suggerisce di dedicare all'istituto un apposito articolo, che descriva in modo più puntuale, fra l'altro, l'ambito oggettivo del soccorso istruttorio e il suo svolgimento procedimentale. In tal senso, il riferimento alle carenze del solo DGUE non appare corretto, poiché la legge delega considera ogni lacuna riferita alla "domanda". Il comma in esame (il quale peraltro riprende in massima parte il contenuto del d.lgs. 163 del 2006, art. 38 co. 2-bis in tema di e.cl. 'soccorso istruttorio a pagamento') appare di dubbia conformità con la previsione della legge delega, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda" lettera z). Al di là della non divisibilità o meno di questa scelta del legislatore (che sembra eliminare un deterrente indubbiamente responsabilizzante per le imprese) non si può riproporre il meccanismo del e.cl. 'soccorso istruttorio a pagamento' di cui all'attuale art. 38, co. 2-bis dell'abrogando codice. In questa prospettiva, anche al fine di rispettare il fondamentale criterio di semplificazione imposto dalla delega, si suggerisce di prevedere due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria. Al primo periodo (anche per evitare contrasti in sede applicativa) si risuggerisce di eliminare la possibilità di sanare con il e.cl. 'soccorso istruttorio' la*

Codice del 2016, non aveva, fino ad oggi, trovato completo accoglimento dal legislatore. La *ratio* sottesa al soccorso istruttorio è quella di fornire alla S.A., nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, uno strumento mediante il quale possa scongiurarsi l'esclusione di un operatore economico solo perché la propria domanda risulti carente per mere irregolarità formali<sup>18</sup>.

Dunque, è *ictu oculi* evidente come l'istituto si ponga, giuridicamente, quale importante espressione del principio di *favor participationis*<sup>19</sup> che, lo

---

*"mancanza (...) dei requisiti. Ed infatti, tale previsione è obiettivamente perplessa e sembra ammettere che sia possibile per il concorrente dotarsi anche successivamente di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto. Se la volontà è quella di fare riferimento a "elementi" di carattere solo dichiarativo, allora la cosa deve essere esplicitata con chiarezza. Occorre chiarire (anche in questo caso, al fine di evitare rilevanti contrasti in sede applicativa) in quali casi emerga una mera "irregolarità essenziale" della dichiarazione (che può essere ammessa al soccorso istruttorio) e in quali casi si è invece in presenza della carenza di un elemento essenziale dell'offerta (che comporta l'esclusione dell'impresa). Si rappresenta, poi, l'opportunità di conservare, comunque, una forma di "soccorso procedimentale", riferito agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, secondo cui, fermo restando il divieto di integrazione documentale, l'amministrazione, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, possa richiedere chiarimenti al concorrente. In conclusione, il comma 9 potrebbe essere riformulato nel seguente modo: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara. "*

<sup>18</sup> F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli 2003; V. CERULLI IRELLI, *L'invalidità amministrativa*, in *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, cap. 9, par. 9.1.4, pag. 455, Giappichelli, Torino 23 ottobre 2023.

<sup>19</sup> È importante sottolineare come non solo l'istituto del soccorso istruttorio funga da applicazione concreta del principio di *favor participationis*. A tal uopo basti passare in rassegna tutta una serie di impostazioni codicistiche volte alla più ampia partecipazione degli operatori economici nelle procedure di gara: la tassatività delle cause di esclusione *ex art.* 80 D. Lgs. n. 50/2016 (ora artt. 94 – 98 del nuovo Codice) principio da cui la giurisprudenza fa discendere, di conseguenza il divieto di applicazione estensiva e/o analogica delle medesime cause di esclusione (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3595/2015; T.A.R. Lazio Roma, sez. II bis, n. 12239/2015); la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei di imprese (cc.dd. RTI), sul cui tema di rinvia a F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in *Trattato sui Contratti Pubblici* diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS; il c.d. contratto di avvalimento etc. Ancora, il principio del *favor participationis* riveste sempre più un ruolo fondamentale anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici in relazione al quale, fra tutti, si cita una recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1263/2024: *"In presenza di clausole ambigue o di dubbio significato della lex*

si ricordi, in virtù della disciplina sovranazionale<sup>20</sup> deve informare qualsiasi procedura di gara.

L'istituto è stato, nel tempo, foriero di innumerevole contenzioso, in quanto, nell'applicazione concreta dello stesso, entravano (ed entrano) inevitabilmente in conflitto il principio di *favor participationis* e della concorrenza da una parte, e il principio di autoresponsabilità, *par condicio* e, da ultimo, del non aggravamento<sup>21</sup> dall'altra. Infatti, il soccorso istruttorio può essere attivato per tutte le carenze, le incompletezze e le irregolarità della domanda che devono necessariamente essere completate e regolarizzate ai fini della procedibilità e validità della stessa ovvero dell'accertamento del requisito in capo al concorrente (in tal senso, perciò, essenziali), purché non afferenti all'offerta tecnica ed economica ovvero da intendersi quali carenze della documentazione tali da pregiudicare

*specialis delle procedure di evidenza pubblica, in ossequio al principio del favor participationis - che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'Amministrazione appaltante - deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli. Inoltre, le clausole ambigue del bando di gara vanno interpretate anche in coerenza con le previsioni del codice dei contratti pubblici, a partire dal principio di tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità degli atti adottati in contrasto con lo stesso”.*

<sup>20</sup> Si fa, ovviamente, riferimento al punto 2 dei Considerando Direttiva 2014/24/UE ove è previsto che: “*Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 7 e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 8 dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia”.*

<sup>21</sup> Tale principio è sancito, in via generale, dall'art. 1, comma 2, L. n. 241/1990: “*la pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria”.* A tal proposito si veda M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento nel procedimento*, in Studi sui principi del diritto amministrativo, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2012, 493 ss.; S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 437 ss.;

l'individuazione del loro stesso contenuto o del soggetto responsabile della documentazione stessa<sup>22</sup>.

Nell'interpretazione sincronica del soccorso istruttorio, data dalla dottrina e dalla giurisprudenza sin dall'entrata in vigore del Codice dei Contratti pubblici del 2006, la funzione dell'istituto si è gradevolmente ampliata tanto che si è enfaticamente parlato di un'"*inversione radicale di principio*", in base alla quale è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e del principio di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara<sup>23</sup>.

Il confine labile in cui si definisce la legittimità o illegittimità dell'esperimento del soccorso istruttorio, attiene all'esatta qualificazione giuridica dell'elemento della domanda soccorribile. Infatti, il giudice amministrativo è chiamato ad individuare, di volta in volta, se l'elemento per cui si è proceduto, o non proceduto, all'esperimento del soccorso istruttorio, potesse essere, effettivamente soccorribile, o meglio, rientrasse in quelle "mere carenze formali" prescritte all'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016.

Quanto appena descritto si è palesato, plasticamente, proprio nella vicenda di cui in questa sede si discorre; e cioè se la sussistenza di un titolo di laurea per rivestire un ruolo all'interno di un lotto appaltato, dovesse essere interpretato come attinente alla documentazione amministrativa ai fini della partecipazione dell'operatore economico alla procedura di gara, ovvero attinente all'offerta tecnica, in quanto riferibile alla declaratoria dell'operatore in ordine alla sussistenza dei cc.dd. requisiti specifici di carattere tecnico-professionale di cui all'art. 83 D. Lgs. n. 50/2016.

Invero, oggi l'istituto del soccorso istruttorio viene autonomamente e più compiutamente disciplinato dall'art. 101 D. Lgs. n. 36/2023, mediante il quale il legislatore, recependo le varie critiche mosse negli anni sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, ha riconosciuto una più ampia serie di ipotesi per l'esperimento del soccorso istruttorio<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Così A. MANZI, *Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, *Giurisprudenza Italiana* 2016.

<sup>23</sup> Così ANAC, determinazione 8 gennaio 2015 n. 1, recante "*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D. Lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163*".

<sup>24</sup> Si riporta, per chiarezza, il contenuto integrale dell'art. 101 D. Lgs. n. 36/2023: "*1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di*

Infatti, al di là delle tipologie di soccorso istruttorio disciplinate all'art. 101, comma 1, lett. a) e b) del nuovo codice, afferenti alla documentazione amministrativa e, ovviamente, scevri da elementi di rilevante novità, è interessante procedere all'analisi delle altre tipologie introdotte normativamente nello stesso articolo, e cioè quelle di cui ai commi 3 e 4.

Tali ulteriori tipologie di soccorso istruttorio, denominate “*soccorso istruttorio in senso stretto*” e “*soccorso istruttorio correttivo*” tradiscono la volontà del legislatore di applicare, in ipotesi sempre più ampie, l'istituto in discussione.

Il c.d. “*soccorso istruttorio in senso stretto*” ovvero “*soccorso istruttorio procedimentale*” (art. 101, comma 3, D. Lgs. n. 36/2023), invero di elaborazione giurisprudenziale<sup>25</sup>, può essere esperito nel momento in cui

*partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; 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; b) sanare 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. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. 2.L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara. 3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. 4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato”.*

<sup>25</sup> Il riferimento è ovviamente a Consiglio di Stato, sez. III, sentt. n. 975/2017 e n. 976/2017 ove si è affermato che: “*La disciplina della procedura di gara pubblica 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 (art. 46 d.lgs. n. 163/2006, Codice degli appalti 2006). In questo senso, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili”*,

sia funzionale a richiedere dei chiarimenti all'operatore economico circa gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, fermo il divieto di suppletiva modifica e/o integrazione dell'offerta stessa<sup>26</sup>.

Invece, il c.d. “*soccorso istruttorio correttivo*” (art. 101, comma 4, D. Lgs. n. 36/2023), adesso consente direttamente all'operatore economico, fino al giorno fissato per l'apertura dell'offerta, di rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica (fatto salvo sempre

---

*pertanto “Secondo una tesi interpretativa, l'aggiudicatario illegittimamente ammesso alla gara per carenze della documentazione allegata all'offerta, dovrebbe articolare un ricorso incidentale, teso ad evidenziare l'ulteriore illegittimità della stazione appaltante, consistente nella omessa attivazione del procedimento di soccorso istruttorio. Si ritiene, però, che l'aggiudicatario, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, possa limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione. A tal fine la parte è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare. In sostanza, deve superare la prova di resistenza, non potendo pretendere di paralizzare l'azione di annullamento, adducendo, solo in via ipotetica, la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma deve dimostrare in giudizio che, ove fosse stato attivato, correttamente, tale rimedio l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione”.*

<sup>26</sup> La funzione del “*soccorso procedimentale*” è stata puntualizzata nel tempo dalla giurisprudenza. In particolare, si veda Consiglio di Stato, sent. n. 7353/2022; Consiglio di Stato, sent. n. 1225/2021; Consiglio di Stato, sent. n. 680/2020, tuttavia la sua primigenia elaborazione si rinvenne in Consiglio di Stato, sez. III, sentt. 2 marzo 2017, nn.975 e 976. A tal proposito cfr. F. APERIO BELLA in *È ammissibile il soccorso istruttorio “processuale”? Nuove contaminazioni tra procedimento e processo*, *L'Amministrativista.it*, 2.3.2017.

Sul punto, anche in relazione a quanto previsto dall'art. 101, comma 3, D. Lgs. n. 36/2023, il Consiglio di Stato sent. n. 9541/2023 si è espresso nei seguenti termini: “*Anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta (non è superfluo rammentare, per il valore di principio che la norma può assumere anche in procedimenti esclusi dall'ambito di applicazione della legislazione sui contratti pubblici, che nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il D.Lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie è stata testualmente prevista all'art. 101, comma 3: “La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica”.*

il divieto di introdurre, surrettiziamente, una nuova offerta o comunque una sua modifica sostanziale).

Il Consiglio di Stato descrive queste ultime due tipologie nei seguenti termini: << c) *soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3)* [n.d.a. art. 101 D. Lgs. n. 36/2023], *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)* [n.d.a. art. 101 D. Lgs. n. 36/2023]: *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>> (cfr. pag. 8 Consiglio di Stato sent. n. 7870/2023).*

Il punto di convergenza di queste ultime due tipologie di soccorso è sicuramente che, entrambe, afferiscono all'offerta e non già a meri elementi formali della domanda (così come erano stati concepiti nella logica dell'art. 83 D. Lgs. n. 50/2016); infatti, mentre nel soccorso istruttorio in senso stretto si concepisce una dinamicità della stazione appaltante nel richiedere chiarimenti e spiegazioni dell'offerta (sia tecnica che economica) all'operatore economico, nel soccorso correttivo<sup>27</sup> è direttamente

<sup>27</sup> È stato così descritto nell'articolo *Il soccorso istruttorio nel nuovo codice appalti*, *Biblus*, 1.2.2024: “*Si tratta di un'ulteriore possibilità data all'operatore economico di rettificare un errore materiale (errore dovuto a svista o disattenzione) contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte. Errore notato dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, come potrebbe essere ad esempio una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica. La rettifica non può comportare la presentazione di una nuova offerta e non può essere una modifica sostanziale. L'anonimato deve essere sempre assicurato. Di norma l'operatore economico non è più abilitato ad accedere al proprio fascicolo per apportare modifiche dopo la presentazione dell'offerta; in questo caso può farlo prima dell'apertura dell'offerta da parte della stazione appaltante, lasciando sempre copia della documentazione originale per*

quest'ultimo ad interpellare la stazione appaltante onde procedere con la richiesta di rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione.

Ne discende una vera e propria rivoluzione del soccorso istruttorio, il quale, sì come concepito nel nuovo Codice vedrà una sua applicazione anche nei riguardi di elementi squisitamente afferenti all'offerta e non già, come invece era espressamente previsto dal previgente art. 83, “*con esclusione di quelli afferenti [n.d.a. “le irregolarità essenziali”] all’offerta economica e all’offerta tecnica*”.

Ne discende che, ad onta di una giurisprudenza attualmente ancorata alla previgente *ratio* dell'istituto del soccorso istruttorio<sup>28</sup>, è lecito aspettarsi, nel momento in cui passeranno in rassegna le varie applicazioni dell'art. 101, una pedissequa apertura dei giudici per quanto riguarda le ipotesi in cui è (sarà) possibile procedere con l'avvio del soccorso istruttorio.

#### 4. *La tesi della società appellante*

Ai fini di un'illustrazione esaustiva delle questioni giuridiche sottoposte ai giudici di Palazzo Spada, risulta necessario rappresentare, seppur brevemente, le tesi sostenute dalla società appellante.

La necessità di esporre i motivi d'appello della società D.M. S.p.A. risiede anche nel fatto che, comunque, il Consiglio di Stato, a più riprese, li ha definiti “*speciosi...ma non persuasivi*”, e, come tali, meritevoli di un ampio e definito *iter* logico-giuridico ai fini della definizione della controversia affrontata.

La società appellante, infatti, fonda la propria tesi partendo da una semplice premessa: il capitolato speciale non richiedeva espressamente una dichiarazione di equipollenza per i titoli di studio conseguiti all'estero da parte dei soggetti che, di poi, avrebbero dovuto rivestire il ruolo di “Coordinatore” ovvero di “Responsabile Unico”.

---

*permettere all'ente un confronto tra la documentazione precedentemente inviata e quella successivamente modificata al fine di scongiurare modifiche inammissibili”*

<sup>28</sup> Valga, per tutti, quanto confermato dal T.A.R. Lazio Roma, sez. IV n. 14255/2023: “*Anche ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. 36/2023, non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) per integrare, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica). Ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, invece, 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 attengono 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). (Respinge il ricorso incidentale e il ricorso principale.)”.*

Di conseguenza, l'operatore economico rappresenta che se la S.A. avesse effettivamente esperito il soccorso istruttorio e, soprattutto, << *se il capitolato avesse espressamente richiesto - in ossequio all'obbligo di clare loqui, particolarmente pervasivo trattandosi di enucleare il tratto di clausole espulsive - una (formale) dichiarazione di equipollenza dei titoli di studio, la società sarebbe stata perfettamente in grado di indicare, ove le fosse stato consentito in via di doveroso soccorso, la risorsa (posseduta da un proprio dipendente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte) cui era associato il "CV 13": il quale dipendente, oltre ad avere tutti i requisiti richiesti, vantava il titolo di studio "nazionale" della Laurea in Economia e Commercio conseguita presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*>><sup>29</sup>.

L'operatore economico, dunque, sottolinea come il mancato esperimento del soccorso istruttorio, nella procedura *de qua*, abbia inevitabilmente impedito, a quest'ultimo, la produzione di altro *curriculum*, in tal senso valido per il raggiungimento del requisito richiesto dal capitolato.

##### 5. Le motivazioni del Consiglio di Stato nella sentenza n. 7870/2023

L'importanza della sentenza di cui in questa sede si discorre risiede, a parere di chi scrive, nel fatto che i giudici di Palazzo Spada tentino, in ogni modo, di ripercorrere e riconoscere un'applicazione più ampia del soccorso istruttorio al caso di specie, enucleando tutte le tipologie di soccorso istruttorio ora presenti, senza però perdere di vista la funzione dell'istituto e i possibili abusi che, alla luce della nuova disciplina, potrebbero palesarsi.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha inteso respingere le tesi proposte dall'appellante, il quale, a dire dei giudici, avrebbe erroneamente considerato la dichiarazione di equipollenza quale atto inerente alla documentazione amministrativa, quando in realtà esso afferisce, esclusivamente, alla comprova dei requisiti di capacità tecnico-professionale *ex art. 83 D. Lgs. n. 50/2016* e, quindi, attinenti esclusivamente all'offerta tecnica, come tali non soccorribili.

La motivazione, infatti, si spiega in diverse tappe progressive.

In primo luogo, si specifica la funzione del soccorso istruttorio quale istituto che *"obbedisce, per vocazione generale ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati"*, e, immediatamente dopo, se ne evidenzia l'evoluzione alla luce dell'art. 101 D. Lgs. n. 36/2023.

<sup>29</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 7870/2023 par. 2 § 2.1

In secondo luogo, si pongono in rassegna le diverse tipologie di soccorso istruttorio e cioè: 1) soccorso integrativo o completo; 2) soccorso sanante; 3) soccorso istruttorio in senso stretto; 4) soccorso correttivo.

Tuttavia, il passaggio cruciale della sentenza risiede nella parte in cui i giudici sottolineano che *“in definitiva, appare evidente – con valutazione non estranea all’esatta parametrizzazione della vicenda in esame, sotto il profilo della prefigurazione di una direttiva esegetica tendenzialmente non restrittiva – il programmatico ampliamento dell’ambito del soccorso, fino al segno, si può nondimeno osservare, di marcare un possibile conflitto 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, una forma di immeritevole abuso)”* (cfr. pag. 9 della sentenza).

Il Consiglio di Stato, dunque, pone l’accento, velatamente critico<sup>30</sup>, sull’istituto contemplato nella nuova disciplina. È inevitabile, infatti, convenire con quanto riportato in sentenza e cioè che l’evoluzione del soccorso istruttorio in senso di progressivo ampliamento delle ipotesi in cui è possibile esperirlo, non è altro, invece, che una assoluta involuzione dell’istituto, alla luce della *ratio* per cui è stato inizialmente istituito. Infatti, è fuor di dubbio che, grazie al soccorso in senso stretto ed al soccorso correttivo, il legislatore abbia totalmente omesso quel bilanciamento, opportunamente sottolineato dal Consiglio di Stato, con il principio di autoresponsabilità degli operatori economici<sup>31</sup>.

D’altronde la stessa norma appare contraddittoria nella parte in cui prima fa espresso divieto di integrazione di elementi afferenti all’offerta tecnica od economica, salvo poi prevedere tipologie di soccorso istruttorio funzionali proprio a “salvare” l’operatore nel caso di elementi deficitari in sede di offerta.

Infatti, seppur si faccia riferimento, nel c.d. soccorso correttivo, esclusivamente ad “elementi materiali” dell’offerta, in realtà è *ictu oculi* prevedibile che sulla corretta individuazione del concetto di “errore materiale” si svilupperà innumerevole contenzioso, a discapito della

---

<sup>30</sup> Si veda, sul punto, P. COSMAI, *Palazzo Spada, con un obiter dicta, delinea i caratteri del nuovo soccorso*, in *Azienditalia* n. 10, 1° ottobre 2023, p. 1199; C. CONTESSA, *Recentissime Consiglio di Stato – Circa la pluralità delle funzioni assegnate al soccorso istruttorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 1° novembre 2023, p. 2292

<sup>31</sup> Si veda anche T.A.R. Lombardia – Milano, sent. n. 1795/2023; T.A.R. Valle d’Aosta, sent. n. 25/2023; Consiglio di Stato, sez. III, n. 96/2019; ma si veda anche S. USAI, *Principio di autoresponsabilità dell’appaltatore, partecipazione alla gara e soccorso istruttorio*, in *MediAppalti.it*, 10 novembre 2021; D. DELL’ORO, *Soccorso istruttorio e principio di autoresponsabilità*, in *italiAppalti.it*, 23 gennaio 2019.

razionalizzazione e celerità nell'esecuzione dei contratti pubblici tanto anelate dal legislatore.

In conclusione, la sentenza pone in risalto il fatto che l'eventuale surrogazione del professionista (in relazione al quale era assente la dichiarazione di equipollenza) con un altro, successivamente alla valutazione delle offerte, avrebbe irrimediabilmente comportato una modificazione dell'offerta stessa, a discapito del principio di *par condicio* e, comunque, in violazione dei presupposti per cui era esperibile il soccorso istruttorio, quantunque fosse interpretato estensivamente alla luce dell'art. 101 D. Lgs. n. 36/2023.

In particolare, si legge: *“Ammettendo, perciò, come pretenderebbe l'appellante (non tanto la formale sostituzione del curriculum, quanto) la indicazione di un diverso titolo di studio, riferito a diversa figura professionale, significherebbe legittimare la modifica (sotto il profilo soggettivo, relativamente alla manodopera impegnata) dei termini dell'offerta. Sicché appare, in definitiva, specioso, ma non persuasivo, l'assunto che la mancanza della certificazione di equipollenza del titolo di studio si risolverebbe in un fatto meramente formale (essendo, in tesi, incontestato il possesso del requisito sostanziale): ciò sarebbe quando si fosse (a tutto concedere) chiesto di integrare il curriculum con la (postuma) produzione di una (già conseguita) attestazione di equipollenza; non quando - come nella specie - si vorrebbe supplire alla (acclarata) inidoneità (per insufficienza del titolo, in quanto privo di riconoscimento del valore legale) del personale con l'indicazione di personale alternativo, per quanto (asseritamente) nella disponibilità dell'impresa”* (cfr. pag 9 § 3.5.4 della sentenza).

Pertanto, il Consiglio di Stato conferma l'interpretazione per cui non possono essere oggetto di soccorso istruttorio gli elementi che possano comunque modificare e/o introdurre una nuova offerta rispetto a quella precedentemente proposta durante la gara.

Nel caso di specie, dunque, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la conformità della condotta resa dalla s.a. alle norme sul soccorso istruttorio, in quanto quest'ultimo non poteva trovare applicazione trattandosi, per quanto riguarda il titolo di studio, di un requisito afferente all'offerta e non già alla domanda.

Pertanto, il Consiglio di Stato, nel rigetto del motivo proposto dalla società appellante, non fa altro che ribadire la non soccorribilità di elementi che facciano riferimento ai cc.dd. requisiti specifici sì come enucleati dall'art. 83 D. Lgs. n. 50/2016, ancorché se ne faccia una interpretazione ulteriormente estensiva alla stregua del novello art. 101 D. Lgs. n. 36/2023.

## 6. Osservazioni conclusive

In conclusione, la sentenza del Consiglio di Stato si riassume nella seguente massima: “*Si possono emendare mediante soccorso istruttorio le carenze o le irregolarità che attengono alla allegazione dei requisiti di ordine generale, mentre non sono soccorribili quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale, in quanto atte a strutturare il contenuto dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara*”.

Ebbene, dall'analisi della massima emerge la posizione del Consiglio di Stato in ordine all'interpretazione che deve essere data all'art. 101 D. Lgs. n. 36/2023. I giudici di Palazzo Spada, infatti, hanno inteso riaffermare, con forza, la vera funzione dell'istituto del soccorso istruttorio nell'ambito del bilanciamento dei principi che lo sorreggono e che, al contrario, il legislatore sta progressivamente disattendendo.

Questo perché la possibilità, data dall'art. 101, commi 3 e 4, di rendere chiarimenti ovvero spiegazioni su elementi dell'offerta sia da parte della stazione appaltante che dell'operatore economico, non fa altro che estremizzare il diritto dei contratti pubblici al solo principio del *favor participationis* e, dunque, non tenendo in debita considerazione il principio dell'autoresponsabilità degli operatori economici, oltre che del divieto di aggravamento del procedimento.

Nella sentenza, dunque, deve cogliersi una “interpretazione preventiva” riguardo al nuovo art. 101, e cioè che quest'ultimo, ancorché dirimente in ordine al grande spazio dato al soccorso istruttorio, non può trasbordare nell'abuso interpretativo dell'istituto, e cioè ad una sua applicazione senza alcun limite.

Ciò evidentemente per evitare quella “*inversione radicale di principio*” invero già colta da autorevole dottrina sin dai tempi del Codice dei contratti pubblici del 2006.