

Con sentenza n. 1308 del 24 febbraio 2022, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha offerto importanti precisazioni sull'ambito di operatività del c.d. soccorso istruttorio.

La legge generale sul procedimento amministrativo attribuisce al responsabile del procedimento il compito di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete (legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 6, comma 2, lett. b). Nonostante la suddetta disposizione indichi che il responsabile del procedimento «può chiedere», la giurisprudenza ha finito per considerare il c.d. soccorso istruttorio come un dovere e non come una mera facoltà (Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248).

L'istituto è volto a garantire la massima collaborazione possibile tra privato e amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici. Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza. Mentre nei procedimenti non comparativi il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata applicativa, nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi – segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti – che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra “regolarizzazione”, generalmente ammessa, e “integrazione” documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti. Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di ‘caccia all'errore’ nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure. All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per “regolarizzare”, ma anche per “integrare” la documentazione mancante.

L'attuale art. 83, comma 9, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) - come novellato dall'art. 52, comma 1, lett. d, D.L.vo 19 aprile 2017, n. 56, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria – è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo». Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono *«all'offerta economica e all'offerta tecnica»*, e dalla *«carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»*. È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato. Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l'esclusione dalla procedura di gara. Il soccorso istruttorio è espressione del “giusto procedimento” e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare. La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali *rationes*: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall'altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l'Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato).

Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il

‘merito’ degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici. Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva. Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l’art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone *«all’operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione»*.

Riferimenti Normativi:

- art. 6, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 83, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici)
- art. 89, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici)
- art. 52, D.L.vo 19 aprile 2017, n. 56