

IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA E L'ISTITUTO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (*)

Consigliere Maria Cappellano – T.A.R. Sicilia, Palermo

Sommario: 1. *Introduzione* – 2. *Inquadramento dei principi generali nel nuovo Codice. Il principio della fiducia* – 3. *Il soccorso istruttorio* – 4. *Le applicazioni concrete del soccorso istruttorio con particolare riguardo a quello procedimentale.* – 5. *Conclusioni.*

1. *Introduzione*

Nell'affrontare il tema relativo al principio della fiducia e del soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici – e all'opera di positivizzazione dei principi generali – si procederà con un inquadramento dei principi generali, con particolare riguardo ai principi del risultato e della fiducia, con un cenno alle prime pronunce che hanno già fatto un esplicito riferimento a tali principi.

Successivamente si passerà ad un *focus* sull'istituto del soccorso istruttorio – che dei due principi può ritenersi una declinazione specifica – sia nella sua dimensione diacronica, dalla formulazione nel d. lgs. n. 50/2016 fino al d. lgs. n. 36/2023 con la codificazione del “soccorso procedimentale” e del “soccorso di rettifica”; sia, nella concreta applicazione di tale prima tipologia tenendo conto della giurisprudenza anche del Giudice di appello.

2. *Inquadramento dei principi generali nel nuovo Codice. Il principio della fiducia*

Com'è noto, il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d. lgs. n. 36/2023, ha dedicato una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione dei principi che permeano l'intera materia dei contratti pubblici, nella dichiarata ottica di rendere maggiormente leggibile il disegno unitario sotteso al nuovo impianto normativo, e di consentire una migliore comprensione delle sue singole parti (v. relazione al nuovo Codice, Schema definitivo).

Per quanto attiene alla collocazione dei principi, a differenza del d. lgs. n. 50/2016 – in cui non vi era una parte iniziale a loro dedicata, e i principi erano enunciati all'art. 30 (oltre che agli articoli 4, 5 e 29) – il nuovo Codice colloca i principi all'inizio, con una scelta indubbiamente significativa, come si chiarirà a breve.

Tale Parte I è, infatti, ritenuta una delle parti più significative del nuovo Codice, disvelata del resto, oltre che dalla stessa collocazione dei principi, anche dalla

loro consistenza numerica, maggiore rispetto a quanto finora previsto, e dal contenuto più esaustivo ¹.

Per quanto attiene alla consistenza di tali principi, vengono dedicati ai soli principi generali dodici articoli.

Deve precisarsi che alcuni di questi principi generali, quale quello della buona fede di cui all'art. 5 del nuovo Codice, sono già disciplinati dalla legge generale sul procedimento amministrativo (v. art. 1, co. 2 bis, della l. n. 241/1990), interpretati ed applicati dalla giurisprudenza amministrativa (buona fede e legittimo affidamento), e compendati di recente nella nota sentenza dell'Adunanza Plenaria 29 novembre 2021, n. 21².

Va anche rammentato che il precedente Codice annoverava i principi "classici", di economicità, efficacia, tempestività e correttezza per le fasi di affidamento e di esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni; e quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità per la sola fase dell'affidamento.

Il nuovo Codice introduce nuovi principi, che potrebbero incidere sull'applicazione dell'intero *corpus* normativo sia per l'estensione degli stessi e per il loro intrecciarsi con quelli per così dire "classici"; sia, ancora, per la portata di taluni di essi – quale definita dall'art. 4 – di criteri di interpretazione e applicazione delle altre norme del Codice.

Nella relazione al Codice si evidenzia, infatti, che i principi generali di un settore – specie se aventi una funzione ordinante e nomofilattica, come nel caso della nuova codificazione – esprimono "*valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme.*

Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni?".

¹ A. M. CHIARELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023.

² Richiamata da Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298, in tema di responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, in cui si ribadisce la natura di principio generale dell'affidamento, canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nel rapporto con l'esercizio del pubblico potere, codificato nell'art. 1, co. 2 bis, della l. n. 241/1990 espressione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, co. 2, Cost..

Richiama l'Adunanza Plenaria n. 21/2021, sempre in tema di responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, anche T.A.R. Sicilia, Sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235.

Nel perseguire vari obiettivi – tra cui la concorrenza e un maggiore spazio di valutazione e di iniziativa delle stazioni appaltanti – è stata ritenuta quindi fondamentale l'introduzione, con carattere innovativo, dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, i quali sono espressamente richiamati dall'art. 4 come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio.

Nella relazione al Codice, infatti, si chiarisce:

- che *“La codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi:*

a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2);

b) accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. “burocrazia difensiva”, che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).”;

- il carattere *“fondamentale”* della *“innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolato) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio (ad esempio, in tema di assicurazioni).”*.

Rispetto a tale opera di “positivizzazione” dei principi, non è mancato chi ha rilevato la sostanziale assenza di novità, anche per quanto attiene – per delimitare il discorso all'oggetto della relazione – al principio della fiducia, il quale ben potrebbe essere inteso quale declinazione dei principi di collaborazione e buona fede che già devono caratterizzare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, secondo quanto già previsto dall'art. 1, co. 2 *bis*, della l. n. 241/1990, oltre che una declinazione dei principi civilistici di correttezza e buona fede (affidamento e buona fede, come recepimento dell'Adunanza Plenaria n. 21/2021).

E, invero, il nostro legislatore in più occasioni ha codificato dei principi generali, come si evince, oltre che dalla legge generale sul procedimento e dai precedenti Codici degli appalti pubblici, anche dal codice del processo amministrativo, con gli articoli 1, 2 e 3 (rispettivamente, effettività; giusto processo; dovere di motivazione e sinteticità degli atti).

Probabilmente, la codificazione di tali principi non può essere ritenuta casuale – e, del resto, non lo è, come si evince anche dalla loro collocazione all'inizio del *corpus* normativo – in quanto destinata, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, a

contribuire ad un cambiamento di prospettiva da parte di tutti i soggetti coinvolti nell'attività di affidamento degli appalti pubblici.

E' stato osservato che *“la scrittura dei principi in un testo, concepito per la pubblica amministrazione, trasfonde nel testo stesso un valore giuridico che spesso va oltre le parole, creando un “eccesso di significato”, che s’irradia nella determinazione e nella comprensione di tutta la materia codificata; questo per vari fattori: anzitutto per l’efficacia dei principi stessi nell’ordinamento giuridico, e, poi, per quanto è insito nella scrittura stessa, ovvero, per l’espressione di una certa cultura giuridica. Ne viene una conseguenza fondamentale: la forza ordinante del principio sulla materia codificata. Con la conseguenza finale che quella forza giuridica non solo determina la materia, ma la spiega e la orienta nei suoi sviluppi successivi, quanto a validità e interpretazione”*³. Pertanto, il valore aggiunto dei principi non è tanto e solo il reale contenuto innovativo, quanto la loro portata interpretativa e applicativa e la loro sovraordinazione agli altri principi, come reso palese dall’art. 4 dello stesso Codice, secondo cui *“Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*; disposizione che fa assumere ai principi richiamati il ruolo di criteri di interpretazione di tutte le norme.

Come è stato rilevato, tale novità – la presenza nel Codice di una disciplina sui principi – non è di mera topografia normativa, quanto piuttosto di assegnazione ai principi della finalità di esprimere, con potenti valenze nomogenetiche, i fondamentali valori giuridici della specifica disciplina di settore.

Soprattutto, i principi assolvono alla funzione di offrire a tutti gli operatori, stazioni appaltanti e imprese, una mappa, di agevole consultazione e di immediata utilità applicativa, idonea a consentire all’interprete di potersi orientare nei casi dubbi e di individuare rapidamente la regola del caso concreto, avendo di mira il raggiungimento di alcuni scopi fondamentali ⁴.

Non si tratta quindi di mere enunciazioni, ma di principi volti ad incentivare un più coraggioso esercizio del potere discrezionale da parte delle amministrazioni.

In questa prospettiva i principi del risultato e della fiducia, oltre ad avere una indubbia valenza interpretativa, presentano anche una dimensione comunicativa da non sottovalutare.

Tra tutti i principi codificati nella Parte I del Libro I, certamente quelli del risultato e della fiducia si presentano quale maggiore elemento di novità e di originalità: quanto al primo, si farà solo un cenno per concentrarsi maggiormente sul secondo, oggetto specifico della relazione, al fine di declinarlo in uno degli istituti

³ A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023.

⁴ G. CARLOTTI, “I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione”, pubblicata nel sito www.giustizia-amministrativa.it, relazione tenuta in occasione del convegno su *«I principi nel Codice dei contratti pubblici»*, organizzato dalla Fondazione CESIFIN - Alberto Predieri, svoltosi in Firenze, il 14 aprile 2023.

– il soccorso istruttorio – che tanto spazio ha occupato e occupa nel panorama giurisprudenziale.

Il nuovo Codice apre con l'articolo 1 e il principio del risultato, rivolto alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, i quali devono perseguire *“il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”* (comma 1); e al comma 2 esplica le ragioni del collegamento con i principi appena menzionati, in particolare con riguardo ai principi della concorrenza e della trasparenza, la prima *“funzionale”* al conseguimento del miglior risultato possibile, la seconda funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole, anche al fine (ontologicamente insito nel concetto stesso di trasparenza) di assicurare la piena verificabilità della corretta applicazione delle regole.

Il comma 3 aggancia chiaramente il principio del risultato al principio costituzionale del buon andamento, e ai correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, secondo una logica, quale quella del *“risultato amministrativo”*, lontana dall'idea del risultato a tutti i costi e che richiede, piuttosto *“di considerare tempestivamente gli interessi, ponderarli rapidamente e tutelarli efficacemente nel rispetto dei termini e delle logiche di ciascun ambito di attività pubblica”*⁵; dunque, una nozione di risultato che ha riguardo non solo alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione.

Il collegamento esplicito con i principi di efficienza, efficacia ed economicità – gli ultimi due non nuovi alla legislazione di settore, in quanto richiamati sia nell'art. 1 della l. n. 241/1990, sia dalle precedenti edizioni del Codice (art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; art. 2 del d.lgs. n. 163/2006) – ha fatto dubitare della reale portata innovativa anche del principio del risultato⁶.

Va, peraltro, notato come il nuovo Codice abbia inteso attribuire a tale principio una rilevanza prioritaria, sia in quanto è il primo principio che apre il Codice; sia, in quanto – come già chiarito - costituisce, a norma dell'art. 4, uno dei criteri interpretativi e applicativi, ed è indicato quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, da seguire in determinati casi indicati al comma 4 dell'art. 1.

E' stato, tuttavia, anche osservato – quanto al rapporto tra il principio del risultato e quello della concorrenza – che l'idea, inizialmente avanzata nei primi commenti al nuovo Codice, che la concorrenza sia soltanto un mezzo, appare riduttiva, in quanto

⁵ A. M. CHIARELLO, op. cit., secondo cui si potrebbe sollevare il dubbio che il principio del risultato sia realmente innovativo della materia dei contratti pubblici.

⁶ A. M. CHIARELLO, op. cit.; F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Giustizia Insieme, 8 giugno 2023.

il primo comma dell'art. 1 individua proprio nel principio di concorrenza, piuttosto, un limite da rispettare; come fa per la legalità e la trasparenza.

E, in modo ancora più pregnante, il secondo comma ha inteso ribadire che solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore; concludendo sul punto che, seppure la concorrenza sia un mezzo, la stessa si pone anche quale metodo, quale modo di essere dell'amministrazione, oltre che un limite da rispettare, e parrebbe rafforzata in forza del richiamo, da parte dell'art. 4, alle disposizioni contenute nell'art. 1, che annovera anche la concorrenza, al pari del risultato e della fiducia, tra i criteri che guidano l'interprete nell'interpretazione e nell'applicazione di tutte le disposizioni del codice⁷.

Il principio della fiducia

Il principio della fiducia è disciplinato dall'art. 2 del d. lgs. n. 36/2023.

Da una prima lettura della norma, si potrebbe osservare che al nostro ordinamento non era certo ignoto tale principio, come evincibile anche dall'art. 1, co. 2 *bis*, della l. n. 241/1990⁸, secondo cui “I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”⁹, quale espressione di semplificazione procedimentale¹⁰.

E, tuttavia, il legislatore del nuovo Codice ha avvertito l'esigenza di inserire il principio della fiducia tra i cosiddetti “superprincipi” o principi di grado maggiore, in quanto tale disposizione costituisce uno dei segnali di cambiamento nel rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici, caratterizzato fino ad oggi dalla logica della sfiducia – quantomeno da parte dei secondi rispetto alle amministrazioni – aggravato forse anche dai numerosi interventi normativi in tale specifico settore, a volte non del tutto coordinati.

⁷ H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Relazione al corso di formazione per magistrati amministrativi di prima nomina, Roma 11 settembre 2023, pubblicata sulla rivista *Judicium*.

⁸ A.M. CHIARELLO, *op. cit.*

⁹ Comma aggiunto dall'art. 12, co. 1, lett. 0a), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120

¹⁰ Con riferimento all'art. 2, co. 1 bis della l. n. 241/1990, vedasi Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, n. 21, secondo cui “La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento”.

L'intento dichiarato è quello di superare la cd. "burocrazia difensiva" ritenuta una delle cause dell'inefficienza dell'azione amministrativa¹¹, a tutto vantaggio della valorizzazione dell'iniziativa e della discrezionalità dell'apparato amministrativo.

Come emerge chiaramente dal primo comma dell'art. 2, a venire in rilievo non è una fiducia unilaterale, bensì "reciproca", che coinvolge anche gli operatori economici che partecipano alle gare, nella sua intuibile declinazione di correttezza e trasparenza. In questa relazione biunivoca, certamente il punto fondamentale è quello della fiducia degli operatori economici nell'esercizio dei pubblici poteri.

E, tuttavia, tale esplicito riferimento alla reciprocità della fiducia non appare privo di significato – e, in parte, recepisce anche un orientamento della giurisprudenza amministrativa – in quanto nella relazione tra privato e p.a. che si viene ad instaurare nel procedimento amministrativo, alla pretesa di una amministrazione corretta e trasparente deve corrispondere un operatore economico altrettanto corretto e trasparente¹².

Ora, come è stato notato in dottrina, certamente il principio della fiducia ben si adatta, più che alla fase dell'affidamento, a quella dell'esecuzione del contratto di appalto, in quanto l'elemento fiduciario tradizionalmente ha sempre caratterizzato la fase paritaria tipica dei rapporti negoziali.

E, tuttavia, l'elemento della fiducia trova una sua collocazione anche nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, in cui si svolge una complessa, delicata e articolata attività finalizzata alla scelta sì del miglior contraente nell'ottica del miglior risultato possibile, ma anche del contraente affidabile rispetto all'obiettivo che l'amministrazione ha inteso perseguire.

Si pensi, a tal proposito, a tutta la giurisprudenza che si è formata sugli obblighi informativi in capo agli operatori economici – e le correlative cause di esclusione di cui all'art. 38, co. 1, lett. f), del d. lgs. n. 163/2006, e all'art. 80, co. 5, del d. lgs. n. 50/2016 – con la costante affermazione dell'obbligo di *clare loqui* anche da parte del privato, che deve in sostanza mettere tutte le carte in tavola, realizzare una completa discovery delle condizioni e delle situazioni in cui versa, come allo stesso modo la p.a. è tenuta alla stessa completa discovery in sede procedimentale al fine di rendere edotto il privato di tutte i possibili elementi sfavorevoli.

¹¹ Vedasi: Corte Costituzionale, 18 gennaio 2022, n. 8, che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, co. 1, del d.l. n. 76/2020, ha fatto riferimento alla "burocrazia difensiva" – cioè alla paura, da parte dei pubblici funzionari, di assumere decisioni utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, "con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati".

¹² E' utile richiamare l'Adunanza Plenaria n. 4/2018, secondo cui i principi di buona fede e affidamento di cui agli articoli 1337 e 1338 c.c. "comportano per le imprese partecipanti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale".

Quanto succintamente rappresentato pare indicativo della non completa e totale portata innovativa dei principi; ma non toglie che gli stessi principi oggi si proponano di assumere una valenza nuova anche alla luce di quanto disposto dall'art. 4 del Codice.

E, in tale angolo prospettico, è stato osservato che il principio della fiducia pare recuperare l'originario significato della *fides* romana¹³, applicata alle relazioni instaurate tra parti in posizione di disuguaglianza, e assume il connotato di un principio generale e ampio, rispetto a quelli di buona fede e affidamento oggetto del successivo art. 5 dello stesso Codice, che paiono connotarsi come *species*, del resto interpretabili al lume del principio della fiducia quale criterio interpretativo e applicativo di al citato art. 4.

E, quale *genus* rispetto ai principi della buona fede e dell'affidamento, partecipa della medesima giustificazione sul piano costituzionale, rispetto al quale la giurisprudenza e la dottrina prevalenti convergono nel ricondurre la clausola generale della buona fede all'art. 2 Cost. e, quindi, all'“*adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”, ma altresì all'art. 97 Cost. in quanto funzionale al buon andamento delle attività amministrative e, in definitiva, al miglior conseguimento dell'interesse pubblico¹⁴.

Va peraltro sottolineato che nell'art. 2 dedicato al principio della fiducia nel settore dei contratti pubblici – certo espressione di un'amministrazione fondata sulla *fides* – la “*fides*” assume anche una connotazione nuova in quanto, come già chiarito, considerata quale rimedio contro la “paura della firma” e in relazione al raggiungimento di un “risultato”.

Si consideri che la fiducia – e, in particolare, una governance trasparente e responsabile – costituisce uno dei fattori (insieme alla crescita del PIL, alla salute, all'accesso ai servizi sanitari e sociali) in base ai quali l'ONU valuta ogni paese ai fini della redazione del World Happiness Report, cioè la graduatoria delle nazioni in cui la popolazione risulta più felice¹⁵.

E' stato quindi osservato che “*Sebbene il principio della fiducia, nei termini innovativi appena illustrati, sia stato per ora enunciato soltanto nel settore dei contratti pubblici è agevolmente prevedibile che esso produrrà inevitabili effetti di traboccamento in ogni ambito del diritto amministrativo*”¹⁶.

¹³ G. CARLOTTI, “La buona fede nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo”, intervento svolto il 27 novembre 2023 presso l'Università degli studi di Camerino, nell'ambito del seminario dal titolo «*Tra procedimento e processo*», in cui si fa riferimento alla buona fede nell'antica Roma, intesa come “lealtà comportamentale e rispetto dei patti”, “venerata come una divinità (aveva anche un tempio sul Campidoglio) - il cui simbolo erano due mani incrociate”.

¹⁴ G. CARLOTTI, “La buona fede nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo”, cit.

¹⁵ Il World Happiness Report è stato istituito dall'ONU nel 2012, e per l'anno 2023 la nazione più felice è stata proclamata la Finlandia.

¹⁶ G. CARLOTTI, “La buona fede nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo”, cit.

Come si avrà occasione di evidenziare nel corso di questa relazione, uno degli istituti che presuppone il principio della fiducia, e ne costituisce una declinazione, è l'istituto del soccorso istruttorio.

Il comma 2 dell'art. 2 chiarisce, peraltro, lo stretto nesso con il potenziamento e la valorizzazione dell'iniziativa e dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, collegandolo al principio del risultato, a conferma dell'ineffettibile obiettivo della realizzazione dell'interesse pubblico primario, che nelle gare pubbliche è identificabile nell'affidamento dell'appalto e nella sua esecuzione nel minor tempo possibile ma con il miglior rapporto qualità-prezzo, naturalmente senza mai dimenticare il rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (espressamente richiamati nell'art. 1).

Quello del soccorso istruttorio è uno degli istituti che andrà interpretato ed applicato al lume anche del principio del risultato, in quanto tale istituto è funzionale alla realizzazione del principio della massima partecipazione (oggi art. 10 nuovo Codice), condizione indispensabile per la stazione appaltante per la massima concorrenza possibile e, quindi, il miglior risultato perseguibile.

Il comma 3 prevede un limite alla responsabilità amministrativa attraverso la perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Come chiarito nella relazione al Codice, *“La norma risulta necessaria in quanto in passato il labile confine tra colpa grave e colpa lieve ha generato incertezze interpretative, contribuendo a quella forma di burocrazia difensiva che il principio della fiducia si propone di superare. Per questo, in coerenza con l'obiettivo, sotteso al principio della fiducia di valorizzare la discrezionalità del dipendente pubblico, la norma in esame ricollega la colpa grave esclusivamente alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione, tuttavia, che non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Si evidenzia che la disposizione in esame codifica il diritto vivente formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti.”*

Il **comma 4**, al fine di promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per qualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti.

Un cenno al principio della fiducia lo troviamo già nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VII, 25 ottobre 2023 n. 9249.

La vicenda contenziosa oggetto di tale decisione attiene all'affidamento di un appalto per i servizi di gestione degli immobili adibiti a residenze universitarie.

Uno dei concorrenti, poi escluso, aveva evidenziato l'utilizzo di personale con disabilità psichica in una proporzione del 25% della forza lavoro solo in sede di giustificazioni, durante il procedimento di verifica dell'anomalia.

Il Giudice di appello, nel riformare la sentenza di primo grado, ha rilevato che nel caso di specie né la normativa, né la legge di gara imponessero, a pena di esclusione, l'obbligo di evidenziazione nell'offerta dell'impiego di lavoratori con disabilità, attenendo tale aspetto a profili specificamente relativi a condizioni personali e di salute del lavoratore da utilizzare; ritenendo, quindi, illegittima l'esclusione del concorrente per tale ragione.

In tale contesto argomentativo, il Consiglio di Stato ha fatto un cenno al principio della fiducia e al principio di buona fede presenti nel nostro ordinamento, non solo nella materia della contrattualistica pubblica, rilevando che “...*non appare ultroneo sottolineare la rilevanza che il principio di buona fede riveste anche nella contrattualistica pubblica e che il principio della fiducia quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, ora positivizzato dal d. lgs. n. 36 del 2023, costituisce il portato di un approccio non certo ignoto al sistema anche in precedenza, secondo condizioni di reciprocità, quale fiducia, cioè, sia nelle amministrazioni sia negli operatori privati e, più in generale, nella capacità del complessivo assetto di disciplina ad assicurare la risoluzione dei profili di criticità e complessità che spesso connotano l'individuazione della regola del caso concreto...*”

Anche la recentissima sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, n. 1372 del 12 febbraio 2024, fa esplicito riferimento sia ai principi generali, sia all'istituto del soccorso istruttorio, soffermandosi sul rapporto esistente tra tale istituto e il principio del risultato quale principio che, unitamente a quelli della fiducia e dell'affidamento, implica da parte dell'operatore economico una corretta interpretazione della legge di gara quale esigibile normalmente da chi partecipa alle gare.

Quanto, poi, al soccorso istruttorio – in relazione, in quel caso, al mancato possesso di un requisito speciale di capacità tecnico professionale – è stato richiamato il principio generale dell'autoresponsabilità in ordine al contenuto delle dichiarazioni rese, e al limite che tale istituto incontra se invocato per rettificare integralmente la dichiarazione resa.

Sotto tale specifico profilo, è stato conclusivamente osservato che “nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del *favor participationis* e del risultato non possono mai confliggere con il principio della *par condicio* fra i concorrenti”.

Anche le recentissime sentenze del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 23 febbraio 2024, n. 703, e Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, fanno un esplicito richiamo al principio della fiducia (la prima), e al correlato principio del risultato, i quali “guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di

settore”, con un interessante passaggio anche sul soccorso istruttorio quale istituto che presuppone la fiducia dell’ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione (v. T.A.R. Sicilia n. 3738/2023 cit.).

Già dall’esame di queste prime pronunce si ha la consapevolezza che la misura dell’effettiva incidenza di tali “superprincipi” sull’interpretazione e sull’applicazione delle norme di dettaglio del nuovo Codice, dipenderà in larga parte dalla prassi applicativa e dall’equilibrata interpretazione che sarà fornita dalla giurisprudenza.

3. *Il soccorso istruttorio*

Uno degli istituti del Codice, anche di derivazione europea, che può essere collegato al principio della fiducia dell’ordinamento anche verso i privati, è quello del soccorso istruttorio, che ha visto la sua prima regolamentazione con l’art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 – di recepimento dell’art. 43 della direttiva 2004/18 – costituente in quella fase temporale, nello specifico settore dei contratti pubblici, un’espressione dei principi espressi già a livello generale dall’art. 6 della l. n. 241/1990.

La *ratio* della disposizione è quella, fin dalla sua prima formulazione, di assicurare la massima partecipazione ed evitare che possano essere esclusi operatori economici in possesso dei requisiti, generali e speciali, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Al fine di contemperare tale esigenza con quella del rispetto del principio della *par condicio competitorum*, venivano in rilievo, quale oggetto dell’integrazione o dei chiarimenti, il contenuto dei certificati, dei documenti e delle dichiarazioni presentate, senza inerire agli elementi essenziali dell’offerta e senza, comunque, potere dare ingresso ad una variazione di quanto presentato in sede di gara.

Per tale ragione – e per il suo innesto in un procedimento quale quello di scelta del contraente dal carattere tendenzialmente rigido e improntato al rispetto di formalità procedurali ispirate al principio della *par condicio competitorum* – la disciplina del soccorso istruttorio ha avuto un’evoluzione autonoma, strettamente correlata alle specifiche esigenze connesse a tale procedimento e alla necessità di conciliare l’esigenza di assicurare la massima partecipazione con i principi della *par condicio competitorum* e dell’autoresponsabilità, in correlazione anche con il principio di leale collaborazione tra p.a. e privato e, in definitiva, con la reciproca fiducia.

Tale istituto – poi disciplinato più o meno con la stessa logica dall’art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50/2016 – ha originato un notevole contenzioso, con la relativa formazione di diversi orientamenti giurisprudenziali, sicché il legislatore ha apportato taluni

correttivi al fine di superare alcune criticità e incertezze maturate nella prassi operativa¹⁷.

Basti pensare alla previsione, nella prima versione dell'art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50/2016, di una sanzione pecuniaria da corrispondere contestualmente all'invio dei documenti richiesti¹⁸; e, sul piano interpretativo, al tema dell'applicabilità di tale disciplina anche all'ipotesi di irregolarità della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva, o di omessa o incompleta presentazione della cauzione provvisoria, profilo che, come si vedrà, è stato chiarito dalla nuova disposizione.

Ciò premesso in estrema sintesi sull'evoluzione dell'istituto, attualmente la disciplina del soccorso istruttorio – che rinviene la sua matrice di carattere generale nell'art. 6 della l. n. 241/1990 – è contenuta nell'art. 101 del nuovo Codice.

Una prima constatazione che si può fare facendo un raffronto con la vecchia disposizione del d. lgs. n. 50/2016 è che il legislatore del nuovo Codice ha scelto di disciplinare tale istituto con una disposizione *ad hoc* e più articolata, a differenza della vecchia norma, l'art. 83, co. 9, inserita in una disposizione dedicata ai criteri di selezione; scelta verosimilmente dettata dall'esigenza di dare una disciplina più organica e compiuta ad un istituto divenuto centrale nella dinamica della procedura ad evidenza pubblica.

La nuova norma, come si chiarirà subito, disciplina sia il soccorso istruttorio che potremmo definire “classico” – cioè, integrativo – sia, il cd. soccorso procedimentale oggetto di diverse pronunce anche del giudice di appello; nonché, dedica un comma al cd. soccorso di rettifica, costituente una novità.

Il collegamento tra tale istituto e il principio della fiducia – ma anche con il principio del risultato – si può rinvenire nella esigenza, chiaramente sottesa al soccorso istruttorio, di evitare che l'azione del soggetto pubblico sia caratterizzata da formalità rigorose che finiscano per pregiudicare il risultato di scegliere il contraente più affidabile e che consenta di raggiungere il miglior risultato possibile.

Che il soccorso istruttorio costituisca una declinazione, tra gli altri, del principio della fiducia è chiaramente indicato nella relazione al Codice, nella quale si è precisato che “*Chiave interpretativa della norma è pertanto la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio.*” (relazione al Codice); e, come osservato, “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

¹⁷ In tal senso, si segnala l'interessante sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870, che ha operato una ricostruzione completa dell'istituto del soccorso istruttorio

¹⁸ Al riguardo, si rinvia a Corte di Giustizia Unione Europea, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, C-523/16.

(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, per un verso, vi dedica (a differenza del Codice previgente, peraltro ancora applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame, che lo disciplinava, in guisa alquanto incongrua, 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) e, per altro verso, ne amplifica l'*ambito*, la *portata* e le *funzioni*, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa”¹⁹.

La nuova disposizione ha, quindi, tenuto conto delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, che disciplina tale istituto all’art. 56, par. 3, della direttiva 2014/24/UE, nell’ambito dei “principi generali” in tema di selezione dei partecipanti, il quale invero facoltizza le amministrazioni aggiudicatrici a richiedere agli operatori economici di “presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza.”²⁰.

In tal modo la stazione appaltante viene incontro al concorrente, dandogli la possibilità di integrare una dichiarazione mancante, o di rettificare una dichiarazione, sempre che, naturalmente, non si vada a modificare *ex post* l’offerta quale originariamente presentata, nella logica per un verso semplificatoria, per altro verso di ricerca del miglior contraente possibile: emerge con chiarezza lo stretto legame, il collegamento tra tutti i principi informatori della procedura, in quanto l’obiettivo del miglior risultato possibile passa non già attraverso l’espulsione di chi abbia

¹⁹ Cons. Stato n. 7870/2023 cit..

²⁰ Corte di Giustizia Unione Europea, Sez. IX, 2 maggio 2019, n. 309/18, secondo cui “*il principio della parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un’interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51; v., in tal senso, ordinanza del 10 novembre 2016, S.C.G. e M., C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32).*

²¹ *Questi stessi principi non possono invece, di norma, ostare all’esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore.*

²² *Una simile considerazione s’impone a maggior ragione in quanto, secondo una giurisprudenza costante della Corte, nell’ipotesi in cui i documenti relativi all’appalto pubblico imponessero chiaramente taluni obblighi a pena di esclusione, l’amministrazione aggiudicatrice non può ammettere qualsiasi rettifica o omissioni concernenti i medesimi obblighi (v., per analogia, sentenze del 6 novembre 2014, Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punti 46 e 48; del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 49, e del 10 novembre 2016, C., C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30).*

²³ *A tale riguardo, occorre aggiungere che l’articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 autorizza gli Stati membri a limitare i casi nei quali le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato.*

²⁴ *Infine, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, una normativa nazionale riguardante le procedure d’appalto pubblico finalizzata a garantire la parità di trattamento degli offerenti non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l’obiettivo perseguito (v., in tal senso, sentenza dell’8 febbraio 2018, L.L., C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).*

commesso un errore formale, ma attraverso la verifica sul piano sostanziale di chi, al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, sia effettivamente in possesso dei requisiti e presenti un'offerta conveniente per la p.a.. Risulta quindi chiara la declinazione dei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., nonché dei principi di leale collaborazione e di reciproco affidamento, coniugati tuttavia con un altro principio cardine del nostro ordinamento, quello generale dell'autoresponsabilità²¹, in virtù del quale ciascun concorrente è responsabile delle conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta o nella presentazione della documentazione²².

Nel comma 1 si pone un obbligo a carico della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni: come si può notare, a differenza della precedente formulazione, è stato inserito anche un termine minimo da assegnare all'operatore economico nella condivisibile logica di rendere effettivamente fruibile tale istituto. Per quanto attiene al comma 1, lettera a), sul soccorso *integrativo*, si prevede – in maniera non difforme rispetto all'art. 83, co. 9 – l'integrazione documentale, il cui oggetto potrà consistere: nell'integrazione di ogni elemento mancante nella documentazione trasmessa entro il termine, escludendo la documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica, le quali non possono costituire oggetto di questa prima tipologia di soccorso.

Operando un raffronto con la vecchia disposizione, si nota che è stata eliminata la distinzione, fonte di dubbi, tra irregolarità essenziali e non essenziali.

La norma, inoltre, ha cura di precisare – superando talune posizioni controverse anche nella giurisprudenza amministrativa – che possono costituire oggetto di soccorso istruttorio “integrativo” anche; la mancata presentazione a) della garanzia provvisoria; b) del contratto di avvalimento; c) dell'impegno al conferimento del mandato collettivo speciale, precisando tuttavia che tale carenza documentale è sanabile “*mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte*”, il che conferma che l'omissione deve avere un carattere meramente formale e non deve venire in rilievo una originaria carenza sostanziale.

Viene quindi in rilievo una specifica applicazione, nel settore specialistico della contrattualistica pubblica – e nella fase prodromica della scelta del contraente – dell'istituto già disciplinato dall'art. 6 della legge generale sul procedimento amministrativo, coniugato naturalmente con il rilevante principio della *par condicio*

²¹ Per un esplicito richiamo al canone di leale collaborazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, e alla centralità della regola del soccorso istruttorio nel nuovo Codice: Consiglio di Stato n. 7870/2023 cit..

²² Per un caso in cui non si è ritenuto percorribile il soccorso istruttorio per la rettifica di quote di esecuzione di lavori, con cenno al principio generale dell'autoresponsabilità, vedasi T.A.R. Sicilia, Palermo, 7 febbraio 2024, n. 468.

competitorum che permea le selezioni pubbliche, in cui a fronte di un certo numero di concorrenti esiste un solo bene della vita al quale tutti aspirano.

La lettera b) del comma 1 disciplina il soccorso “sanante”, consentendo all’operatore economico di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa, con un solo dichiarato limite, quello della non sanabilità di eventuali omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l’identità del concorrente, venendo in rilievo una situazione di incertezza circa l’imputazione soggettiva della documentazione.

In tal modo, può essere sanata 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.

La disposizione contenuta nel comma 1 mira, quindi, a consentire ai concorrenti di colmare eventuali lacune della documentazione amministrativa, sempre che non siano già direttamente acquisibili dalla stazione appaltante per mezzo del fascicolo virtuale dell’operatore economico, come espressamente previsto dal comma 1 con riferimento sia alla lettera a) che alla lettera b), in una prospettiva di rafforzamento delle garanzie degli operatori economici nella logica del divieto di aggravamento del procedimento.

Nel comma 2 si specifica che in caso di mancato adempimento alle richieste della stazione appaltante, l’operatore è escluso dalla procedura di gara: si tratta di una sanzione che non è legata all’inadempimento, quanto alla inidoneità dell’offerta presentata” (relazione al Codice).

Il terzo comma – coerentemente con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza euro-unitaria – prevede la possibilità per la stazione appaltante di chiedere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e dell’offerta economica, naturalmente a condizione che non sia modificato il contenuto delle suddette offerte.

Si tratta in sostanza di un soccorso specificativo, e di un principio – che non emergeva dal testo della precedente disposizione, ed ora è stato codificato – che era già applicato dalla giurisprudenza²³ in tutti i casi in cui si dovesse emendare un errore materiale rilevabile *ictu oculi*, o si dovesse chiarire una ambiguità dell’offerta tecnica,

²³ Sulla distinzione tra soccorso istruttorio e procedimentale, v. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 324; 9 gennaio 2023, n. 290; v. anche Consiglio di Stato, Sez. III, 13 dicembre 2022, n. 10930, sulla pacifica ammissibilità del soccorso procedimentale al fine di “risolvere dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”, tramite l’acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell’offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l’esatta interpretazione e a ricercare l’effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità”; naturalmente, sempre che le incertezze, e la esatta ricostruzione della volontà negoziale veicolata nell’offerta, possano essere risolte con la documentazione prodotta in sede di gara.

sempre che l'effettiva volontà del partecipante fosse desumibile da altri elementi della stessa offerta; e, dunque, restando fermo il divieto di integrazione dell'offerta stessa²⁴.

Va, del resto, ricordato che la Commissione speciale del Consiglio di Stato nei pareri resi sullo schema del vecchio Codice (d.lgs. 50/2016) e del “correttivo” (d.lgs. n. 56/2017) – rispettivamente, i pareri n. 855/2016 e n. 782/2017 – ha rappresentato “l’opportunità di conservare un “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” (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, n. 855 del 1° aprile 2016); ribadendo “la persistente opportunità di prevedere una forma di “richiesta procedimentale di chiarimenti”, riferita agli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica” (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, n. 782 del 30 marzo 2017). La disposizione di maggiore novità è contenuta nel comma 4 dell’art. 101 – il cd. soccorso correttivo, secondo cui “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.

Come si evince dalla Relazione al Codice, “Il comma 4 costituisce una rilevante novità: per la prima volta si prevede la possibilità per l’operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell’offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell’offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l’apertura delle buste contenenti l’offerta. La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire – questa è l’altro elemento di novità – anche oltre il termine per la presentazione dell’offerta.

²⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2023, n. 9541: “...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”).”.

Vedasi anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 13 luglio 2023, n. 1795.

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).

Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari 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.

Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta.”.

Tale tipologia di soccorso – che ha ad oggetto un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica – è rimessa all'iniziativa dello stesso operatore economico e, pertanto, prescinde da una formale iniziativa o dal necessario impulso della stazione appaltante, la quale del resto potrebbe avvedersi di tale eventuale errore solo al momento dell'apertura delle offerte: sotto tale profilo, il Consiglio di Stato ha osservato che non si tratta a rigore di soccorso in senso stretto²⁵; ed è consentita fino al giorno di apertura delle offerte e, quindi, anche dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Tale possibilità incontra, tuttavia, il duplice limite del rispetto dell'anonimato e della sostanziale immodificabilità del contenuto, con correlativo divieto di presentare una “nuova offerta”, che la norma esplicitamente pone.

Poiché si tratta di una tipologia di soccorso nuova – ritenuta pertanto insuscettibile, in linea di principio, di una applicazione retroattiva²⁶ - dovrà attendersi la prassi applicativa anche al fine di verificare se tale intervento possa essere fonte di possibili contenziosi, sebbene, come già chiarito, nella relazione al Codice si è precisato come tale novità non crea particolari problemi di trasparenza, né impone alle stazioni appaltanti oneri di informazione agli altri concorrenti, i quali avranno poi la possibilità di accedere alle offerte e agli atti di gara.

In chiaro ossequio al principio di trasparenza, è in ogni caso previsto che la rettifica debba essere richiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa e con apertura contestualmente all'offerta; sicché, non dovrebbe porsi un problema di carenza di trasparenza per tale parte di attività.

L'aspetto critico che potrebbe venire in rilievo in sede di concreta applicazione potrebbe essere quello del potenziale conflitto con il noto, e ampiamente richiamato in giurisprudenza, canone dell'*autore sponsabilità*, il quale postula che gli operatori economici partecipino in maniera diligente rispettando puntualmente tutte le formalità procedurali previste dalla legge di gara in una condizione di parità.

²⁵ Cons. Stato n. 7870/2023 cit..

²⁶ Cons. Stato n. 7870/2023 cit..

Tale nuova possibilità di emendare un errore potrebbe, d'altro canto, ritenersi in qualche modo anticipatoria della possibile richiesta di chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica o di quella economica, che la stazione appaltante potrebbe inoltrare ai sensi del precedente comma 3, anche in tal caso pertanto in una prospettiva di *favor* per gli operatori economici nel pieno rispetto della trasparenza.

4. *Le applicazioni concrete del soccorso istruttorio con particolare riguardo a quello procedimentale.*

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di soffermarsi sul peculiare istituto del soccorso procedimentale, ammettendo in linea generale la “rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta” (Consiglio di Stato, Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039).

Le più recenti sentenze consentono di ricostruire in maniera completa tale tipologia di soccorso, oggi codificato nell'art. 101, co. 3, del nuovo Codice, rilevandosi che:

- in linea generale è ammessa la rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo – la rettifica di un errore manifesto dell'offerta, un “chiaro errore di calcolo, *claris verbis* evincibile dall'offerta” – a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta (v. Consiglio di Stato n. 7870/2023 cit.; 10 gennaio 2023, n. 324; 4 ottobre 2022, n. 8481, Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039);

- tali chiarimenti e puntualizzazioni non possono tradursi in una operazione di “integrazione o modificazione postuma dell'offerta” e, pertanto, non possono essere apportate “correzioni” all'offerta (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680); e tanto, non solo per ragioni di *par condicio competitorum*, ma anche in forza del “principio generale dell'auto responsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (Consiglio di Stato, Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1482).

Il quadro interpretativo ricavabile – che oggi trova la sua codificazione nell'art. 101, co. 3, del d. lgs. n. 36/2023 – implica in estrema sintesi che:

a) il c.d. soccorso 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 (Cons. Stato n. 7870/2023 cit.);

b) poiché è attivabile anche sulle offerte tecniche ed economiche, deve trattarsi di ambiguità o errori *ictu oculi* evidenti, facilmente individuabili ma anche altrettanto agevolmente emendabili, senza potere introdurre modifiche o integrazioni dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 358; Cons. Stato n. 7870/2023 cit.);

c) in conclusione, nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell'offerta è esclusa la possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio al fine di rettificare il contenuto della dichiarazione, in quanto “nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del *favor participationis* e del risultato non possono mai confliggere con il principio della *par condicio* fra i concorrenti” (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1372, in un caso di mancato possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale per come dichiarato dal concorrente nell'offerta).

5. Conclusioni.

Alla luce di tutto quanto esposto si può conclusivamente osservare che l'ordito normativo dei nuovi principi si muove tra continuità e cambiamento nella visione prospettica di un'amministrazione più moderna, efficiente e responsabile, nel cui operato il privato può riporre fiducia, con una chiara tensione verso un effetto pratico circa la concreta portata applicativa degli stessi principi generali.

In tale prospettiva di auspicato cambio di passo, è necessario attendere sia la prassi delle stazioni appaltanti, sia l'equilibrata interpretazione e l'applicazione delle norme e dei principi da parte della giurisprudenza amministrativa.

Bibliografia

G. CARLOTTI, “I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione”, pubblicata nel sito www.giustizia-amministrativa.it, relazione tenuta in occasione del convegno su «I principi nel Codice dei contratti pubblici», organizzato dalla Fondazione CESIFIN - Alberto Predieri, svoltosi in Firenze, il 14 aprile 2023

G. CARLOTTI, “La buona fede nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo”, intervento svolto il 27 novembre 2023 presso l'Università degli studi di Camerino, nell'ambito del seminario dal titolo «*Tra procedimento e processo*»

A. M. CHIARELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023.

A. CIOFFI, Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023.

F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 8 giugno 2023.

H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Relazione al corso di formazione per magistrati amministrativi di prima nomina, Roma 11 settembre 2023, pubblicata sulla rivista *Judicium*.

(*) Relazione al convegno “I principi generali: l’Amministrazione e il mercato”, tenutosi a Palermo il 15 marzo 2024 al Complesso monumentale dello Steri, nell’ambito del ciclo di incontri su “IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – GIORNATE SICILIANE DI STUDIO”

Palermo-Catania, marzo-giugno 2024