

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

Soccorso istruttorio per la correzione di errori materiali nella documentazione amministrativa¹.

1. Fatto

Con la sentenza n. 5045 del 5 giugno 2024, il Consiglio di Stato, Sez. V, ha accolto l'appello di un operatore economico per la riforma della sentenza del TAR che aveva disposto l'annullamento dell'atto della sua aggiudicazione della gara per l'affidamento di un servizio di assistenza tecnica. L'Operatore, partecipando a tutti e 4 i lotti di gara, ha indicato erroneamente nell'intestazione la dicitura "lotto 1" al posto della corretta "lotto 4". Per tale motivo, la Commissione, valutato l'errore materiale, ha attivato l'istituto del soccorso istruttorio, richiedendone la correzione e l'integrazione. Il giudice di prime cure, chiamato ad esprimersi su ricorso di un altro partecipante alla gara, ha statuito che il caricamento nel portale della documentazione nella sezione dedicata a un altro lotto di gara non avrebbe espresso un'inequivoca volontà negoziale. Non dello stesso avviso i giudici di Palazzo Spada che riformano la sentenza di primo grado, ritenendo che l'integrazione documentale è volta a correggere errori meramente formali e palesemente riconoscibili e che sia stata ritenuta rispettosa della *par condicio* dei concorrenti e, dunque, legittima. L'indicazione di un numero di lotto invece di un altro avrebbe quindi costituito una mera svista materiale, la manifestazione di interesse a partecipare a tutti i lotti appariva inequivocabile dalla presentazione telematica della documentazione per ciascun lotto sul portale ad esso dedicato. Per tale ragione l'errore compilativo è pienamente sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016².

2. Il soccorso istruttorio

Il soccorso istruttorio è un istituto del diritto amministrativo che consente di integrare la documentazione prodotta e di rettificare le dichiarazioni o istanze erranee o incomplete che dovessero comparire nella fase istruttoria preordinata all'emanazione dell'atto finale. Un vero

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

² Art. 101 nuovo Codice dei contratti pubblici decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36

e proprio “soccorso” per il privato che si interfaccia con una Pubblica amministrazione. Il soccorso istruttorio, specialmente in applicazione della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, può essere attivato per sanare carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione amministrativa, irregolarità che attengano a requisiti di ordine generale propri dell’operatore economico in quanto tale. Non può mai intervenire invece per sanare quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (come, ad esempio, quelle che incidono sui termini dell’offerta, come la capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l’esecuzione delle prestazioni messe a gara)³. In tal modo viene allo stesso modo rispettato il principio della par condicio dei concorrenti e il principio del c.d. “*favor participationis*”. Rimane tuttavia chiaro come in realtà sussiste sempre un principio di autoresponsabilità dei concorrenti che non possono in alcun modo trasferire sulla pubblica amministrazione/stazione appaltante la responsabilità di errori che si sarebbero potuti evitare utilizzando la diligenza richiesta al fine di partecipare ad una gara⁴. Nel caso specifico, i giudici del Consiglio di Stato, hanno appurato che l’effettiva volontà negoziale dell’operatore economico era stata espressa e che l’errore può essere ricondotto nella definizione di errore di compilazione, un errore che non può generare irregolarità della documentazione o carenza di elementi essenziali. *L’errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente, ictu oculi, dal contesto stesso dell’atto, senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà; in altre parole, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle sole ipotesi in cui l’effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell’offerta*⁵. In ogni caso occorre ricordare che, qualora si abbia a che fare con documentazione carente o irregolare, non può escludersi a priori l’utilizzo del soccorso istruttorio fatta eccezione, come già detto, delle carenze afferenti all’offerta tecnica ed economica⁶.

³ La Sentenza del Consiglio di Stato n. 7870/2023 del 21/08/2023, ha decisamente ampliato i confini del soccorso istruttorio, facendo prevalere la meritocrazia di un concorrente che potenzialmente potrebbe aggiudicarsi una gara, ad eventuali errori compilativi, comunque, sanabili e che non inficino il concreto contenuto dell’offerta presentata.

⁴Cfr Tar Lombardia Sez IV Sent. 2597/2019, *il grado di diligenza da richiedersi all’operatore economico che partecipa ad una gara non può essere considerata quale diligenza ordinaria (secondo il primo comma dell’art.1176 Cod. Civ.), bensì diligenza specifica, propria degli operatori professionali* e anche il Consiglio di Stato, Sez V, Sent. 1191/2022

⁵Cfr Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2022, n.10932, la giurisprudenza ha stabilito che, in applicazione di tale principio, sussiste sempre la possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l’interpretazione della sua offerta e a ricercare l’effettiva volontà dell’offerente superando le eventuali ambiguità dell’offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell’offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con essa assunta.

⁶ Cfr Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2023, n. 2512 le cause di esclusione sono introdotte in via tassativa e tipica solo per le procedure di evidenza pubblica

3. Conclusioni

A conclusione, è possibile descrivere un ulteriore aspetto che può caratterizzare il soccorso istruttorio e per far questo è utile citare il Tar Bolzano che con la sentenza n. 316 del 25 ottobre 2023, ha indagato sulla ratio del soccorso istruttorio nel caso di procedure di gare ed ha evidenziato come errori materiali che si possano presentare in sede di gara, possono indurre a compromettere l'esito di un contratto di appalto, ledendo l'interesse pubblico a stipulare il contratto con il *migliore* operatore che ha presentato l'*offerta migliore*. L'agire amministrativo deve essere orientato pertanto al risultato e non soltanto all'applicazione del favor participationis. Individuare il migliore operatore possibile deve essere un criterio sempre presente per l'esecuzione del contratto consentendo così di valutare la sostanza e non soltanto la forma (sempre a condizione che questa non infici l'offerta o crei un ingiusto vantaggio). Applicando il principio del risultato, il soccorso istruttorio consente la partecipazione più ampia e qualificata alle procedure di gara, con l'obiettivo di massimizzare la concorrenza e l'efficienza nell'assegnazione di contratti pubblici.