

L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 36/2023)

di Matteo Yuri BAVARO*

ABSTRACT

Il presente contributo delinea l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e pone l'attenzione sulle novità introdotte dal nuovo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36. Nelle procedure di gara l'esercizio del potere di soccorso assume una chiara funzione garantista sia per l'operatore economico che per la Stazione Appaltante, consentendo al primo di evitare l'esclusione dalla procedura di gara per rigidi formalismi procedurali e all'Amministrazione di individuare tra le varie offerte presentate il miglior contraente sul mercato che, in possesso dei requisiti, sia il più idoneo all'esecuzione del contratto. Se in un primo momento la giurisprudenza più restrittiva ha individuato nell'esercizio del potere di soccorso un vulnus del principio di par condicio competitorum che regola le procedure ad evidenza pubblica, con il nuovo Codice dei contratti pubblici l'istituto assume piena operatività tutelando la massima partecipazione alle procedure di gara e di conseguenza il raggiungimento del risultato amministrativo.

SOMMARIO

1. Premessa e finalità del soccorso istruttorio... 1
2. L'evoluzione del soccorso istruttorio dal codice lise al D.lgs. 50/2016 2
3. Il nuovo articolo 101 del codice del D.lgs. 36/2023..... 7

* Praticante Avvocato

¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2022, n.1308; *ex multis* Cons. St., sez. II, 6 maggio 2021, n. 3537; Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sulla doverosità del potere di soccorso si veda A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2023, pp. 183 e ss.; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2017, pp. 573 e ss.; una riflessione più generale è data da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 182 e ss.; F. LIGUORI, *Commenti tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2020, p. 3, che riconosce all'istituto del soccorso istruttorio la finalità di contribuire alla semplificazione

4. Considerazioni conclusive..... 9

1. PREMESSA E FINALITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'istituto del soccorso istruttorio trova la sua disciplina generale nell'articolo 6 lett. b) della legge sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui il Responsabile del Procedimento nella fase dell'istruttoria procedimentale "può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete". La disposizione consente al Responsabile del Procedimento di sollecitare il privato al fine di acquisire gli elementi idonei per garantire una corretta e completa istruttoria, preordinata all'emanazione del provvedimento finale.

Nonostante il dato letterale dell'articolo si limiti a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il "potere di soccorso", la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere che in realtà si tratti di un vero e proprio obbligo, finalizzato all'accertamento della corretta e completa rappresentazione dei fatti esistenti al momento della decisione, alla luce dei principi di buona amministrazione, di leale collaborazione, semplificazione e buona fede nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadino¹. Ciò risulta

amministrativa; il potere-dovere del responsabile del procedimento risulta coerente con il principio inquisitorio del procedimento amministrativo secondo G. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2021, pp. 365 e ss.; contrariamente, più di recente A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2023, pag. 373e ss., secondo cui il soccorso istruttorio costituisce solo una seconda possibilità concessa all'operatore economico per dimostrare il possesso dei requisiti di gara; in una posizione più intermedia P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva "servizi" (2006/123/ce)*, Jovene, Napoli, 2008, p. 147, che ritiene che l'istruttoria sia condotta dal responsabile del

ancor più innegabile a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 2-bis alla legge sul procedimento amministrativo da parte del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella 11 settembre 2020, n. 120, che prevede che *“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*. Si tratta di una disposizione dai risvolti fortemente innovativi se si considera che l'Amministrazione, lungi dall'arroccarsi su posizioni meramente formalistiche nei processi decisionali, è tenuta ad assumere nei confronti del privato un rapporto collaborativo improntato alla buona fede², sicché, in caso di irregolarità facilmente emendabili riscontrate nel procedimento, è tenuta ad indicare la modalità per conformare a legge l'istanza presentata dal privato, in conformità al divieto di aggravio procedimentale. Si osserva che la disposizione, applicativa dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione ex art. 97 della Costituzione, attribuisca al rapporto tra soggetto pubblico e il privato natura paritaria, funzionale, mediante il meccanismo di collaborazione c.d. orizzontale, al soddisfacimento dell'interesse pubblico concreto. Alla luce di ciò, la norma parrebbe attribuire ai cittadini, interpellati nel procedimento decisionale dell'Amministrazione, la qualità di soggetti *“portatori di risorse per le amministrazioni e non più solamente come soggetti destinatari della sua attività o come portatori di bisogni da soddisfare”*³.

Nel settore degli appalti pubblici il soccorso istruttorio è volto a garantire la massima partecipazione alle procedure di gara, consentendo alla Stazione Appaltante la selezione della miglior offerta rinvenibile sul mercato⁴, evitando che le rigide formalità che accompagnano la procedura selettiva possano pregiudicare il risultato dell'azione amministrativa. Invero il fine ultimo della procedura di gara è proprio quello di selezionare il concorrente

che, a seguito della valutazione della Stazione Appaltante, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento⁵.

Mentre nei procedimenti amministrativi non selettivi il soccorso istruttorio opera incondizionatamente, nelle procedure selettive, ed in particolare nell'ambito degli appalti pubblici, la sua operatività è subordinata al rispetto dei principi di *par condicio* e di autoresponsabilità che governano la procedura di gara, impedendo che una rimessione in termini possa costituire un indebito vantaggio del concorrente che non ha presentato una documentazione richiesta nei modi e nei tempi previsti dalla *lex specialis* di gara⁶.

Pertanto il Codice dei contratti pubblici consente all'operatore economico di rimediare agli errori, omissioni o irregolarità della documentazione di gara presentata, senza che ciò possa però alterare il leale confronto concorrenziale della procedura di gara.

Il “potere di soccorso” nel corso del tempo è stato oggetto di molteplici interventi normativi e giurisprudenziali che inizialmente hanno inteso restringere e limitare l'applicabilità di tale istituto considerato quale *vulnus* del principio di *par condicio*, assumendo successivamente un ruolo centrale nel codice dei contratti pubblici quale corollario del principio di massima partecipazione alle procedure di gara.

2. L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO DAL CODICE LISE AL D.LGS. 50/2016

Nella disciplina dei contratti pubblici, l'istituto è stato introdotto in ambito comunitario con l'articolo 27 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971 che consentiva, entro alcuni limiti, alle amministrazioni aggiudicatrici di invitare

procedimento mediante il principio inquisitorio c.d. formale in senso debole, che consente accertare i fatti d'ufficio basandosi comunque sulle allegazioni della parte.

² Tar Campania, sez. III, 4 aprile 2023, n. 2110.

³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, 2023, p. 884.

⁴ Tar Marche, sez. I, 12 giugno 2023, n. 349.

⁵ Il momento della presentazione e valutazione delle offerte è un momento in cui si contrappongono l'interesse dell'operatore

economico alla partecipazione alla gara presentando un'offerta competitiva e l'interesse della Stazione Appaltante alla corretta individuazione della migliore offerta sul mercato. Sul punto anche D. PIOVESANA, *Indeterminatezza dell'offerta e del soccorso istruttorio*, in I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici, 2018, p. 93.

⁶ Cons. St., A. P., Sent. n. 9/2014.

l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli.

L'istituto del soccorso istruttorio è stato poi disciplinato in ambito nazionale con il decreto legislativo n. 163 del 2006 all'articolo 46 che, non discostandosi da quanto già previsto negli artt. 21 del d.lgs. 406 del 1991⁷, 15 del d.lgs. n. 358 del 1992⁸, 16 del d.lgs. n. 157 del 1995⁹, attuava quanto previsto dell'articolo 51 della direttiva 2004/18/CE, prevedendo che *“nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”*.

Tale disposizione limitava l'esercizio del soccorso istruttorio ai soli casi in cui fosse stato necessario chiarire o completare i certificati, i documenti o le dichiarazioni presentati dall'operatore economico in relazione al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, senza in alcun modo poter integrare le offerte presentate¹⁰.

L'articolo, con riferimento ai confini applicativi dell'istituto, è stato oggetto di un'interpretazione restrittiva della giurisprudenza amministrativa che, facendo leva sull'interpretazione letterale della norma, ha chiarito che l'Amministrazione non aveva l'obbligo inderogabile di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita, ma solo la facoltà di rivolgere un invito se, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, fosse stato ritenuto *“confacente con l'irregolarità riscontrata, con i tempi del procedimento e nel rispetto del principio della parità di trattamento”*¹¹.

In tali casi l'esercizio del potere di soccorso era limitato alla possibilità per gli operatori economici

di regolarizzare la documentazione incompleta già presentata, non essendo consentito in alcun modo un'integrazione o sanatoria postuma della stessa, che avrebbe pertanto determinato una riapertura del termine di presentazione delle offerte, ponendosi in evidente contrasto con il principio di *par condicio competitorum*¹². Sul punto la giurisprudenza più restrittiva, nel limitare ulteriormente l'attivazione del “potere di soccorso”, ha chiarito la stessa richiesta di regolarizzazione formulata dalla Stazione Appaltante dovesse essere esclusa ogni qual volta fosse finalizzata ad integrare documenti che avrebbero dovuto essere prodotti dal concorrente a pena di esclusione in base a previsioni univoche della *lex specialis* di gara. In caso contrario, infatti, il soccorso istruttorio si sarebbe sostanziato in uno strumento volto a garantire ingiustificatamente una ampia partecipazione alle gare pubbliche, *“oltre i limiti dell'antagonista principio di formalità vigente in materia di procedimenti concorsuali”*¹³.

Il quadro normativo allora vigente attribuiva inoltre alle Stazioni Appaltanti la facoltà di inserire discrezionalmente nei bandi di gara requisiti sostanziali e ulteriori adempimenti ai fini della partecipazione alla gara a carico degli operatori economici, anche più rigorosi di quelli previsti dalla legge, a pena di esclusione. Ciò, come chiarito dalla giurisprudenza¹⁴, era espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'agere pubblico e consisteva nel potere-dovere discrezionale dell'Amministrazione di adottare tutte le misure o gli strumenti idonei a garantire l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico per la ricerca del miglior contraente sul mercato in relazione all'appalto da affidare. Pertanto, l'attivazione del

⁷ Cfr. D.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 *“Attuazione della direttiva n. 89/440/CEE in materie di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”*.

⁸ Cfr. D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 *“Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE”*.

⁹ Cfr. D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 *“Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”*.

¹⁰ Sul punto, F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto dopo due anni di “correttivo”*, in *Diritto Amministrativo* n. 1/2019, p.6

¹¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, n. 2254 del 2007; *ex multis*, C.G.A., n. 802 del 2006 cit.; Cons. St., sez. VI, n. 6280 del 2003.

¹² Cfr. C.G.A., sez. I, 14 marzo 2011 n. 201.

¹³ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077.

¹⁴ Cfr. C.G.A., sez. I, 3 ottobre 2007, n. 909, secondo cui *“l'amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, superiori e più rigorosi a quelli previsti dalla legge. Invero, le previsioni indicate dall'art. 17 d.lg. n. 157/1995 si limitano a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere ragionevolmente derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare. Detto potere discrezionale consente all'amministrazione di apprestare le misure più adeguate, congrue ed efficienti, ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare”*; *ex multis*, Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387, Cons. St., 5 ottobre 2005, n. 5318.

soccorso istruttorio era disposta dalla Stazione Appaltante solo in casi eccezionali, con la conseguenza, diffusa nella prassi, che quest'ultime potessero procedere all'esclusione dei concorrenti per violazioni puramente formali, in assenza di una preventiva interlocuzione con gli stessi.

Con il d.l. n. 70 del 2011, convertito in legge n. 106/2011, il legislatore ha introdotto il comma 1-*bis* all'articolo 46 del d.lgs. 163/2006, introducendo il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla procedura di gara¹⁵.

Con tale riforma il legislatore ha inteso, da un lato, limitare la discrezionalità amministrativa prevedendo che la sanzione dell'esclusione conseguisse soltanto in presenza di un'espressa previsione di legge o del codice ovvero in presenza di adempimenti doverosi o norme di divieto, dall'altro, ha conseguentemente ampliato la portata del soccorso istruttorio prevedendo la regolarizzazione degli adempimenti che non erano previsti a pena di esclusione¹⁶. Qualora la *lex specialis* di gara avesse introdotto, in violazione del principio di tassatività, ulteriori prescrizioni a pena di esclusione non previste dal codice o dalla legge, *“la clausola escludente sarebbe stata nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice”*¹⁷.

In tale contesto normativo è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014 che, rivedendo le precedenti posizioni

giurisprudenziali, ha evidenziato che il soccorso non costituisce una mera facoltà per la Stazione Appaltante, bensì un *“doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione”*¹⁸. Ciò nonostante, il Supremo Consesso Amministrativo, non discostandosi dall'interpretazione giurisprudenziale più restrittiva dell'istituto, ha confermato che l'attivazione del potere di soccorso fosse consentita solo per regolarizzare la documentazione di gara in presenza di refusi o errori materiali, con conseguente inoperatività di un'integrazione documentale per rimediare, in presenza di una previsione chiara ed univoca della *lex specialis*, all'insufficienza o all'incompletezza della documentazione presentata dal concorrente, o per dimostrare ex post l'acquisizione di requisiti non posseduti al momento della presentazione delle offerte¹⁹.

Successivamente la disciplina veniva ulteriormente modificata con il d.l. 90/2014²⁰, convertito in legge n. 114/2014, con l'introduzione del comma 2-bis all'articolo 38 del d.lgs. 163/2006 che, discostandosi da quanto affermato dal Consiglio di Stato, ampliava ulteriormente l'ambito applicativo del soccorso istruttorio, introducendo il c.d. soccorso istruttorio a pagamento.

Invero, superando il limite della sola regolarizzazione della documentazione di gara, il concorrente poteva supplire all'ammanca, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale

¹⁵ In particolare l'art. 46, comma 1-bis, ammetteva l'esclusione soltanto *“in caso di mancato adempimento delle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione”*.

¹⁶ Sulla novità legislativa si veda B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione l'art. 46 comma i bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in Foro amm. TAR, fasc. 3, 2013, pag. 1057; Anche R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in Urb. e app., 2012, pp. 96 e ss.

¹⁷ Cfr. Cons. St., A. P., 25 febbraio 2014, n. 9.

¹⁸ L'A.P. sul punto ha osservato che tale istituto era coerente con l'applicazione legale del principio del giusto procedimento enucleato dall'art. 3, della legge n. 241/1990 che imponeva 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”*.

¹⁹ Si rinvia a Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit. in relazione alla differenza tra regolarizzazione ammessa ed inammissibilità dell'integrazione documentale. L'interpretazione rigorosa della citata Adunanza Plenaria era giustificata dalla preoccupazione che l'ampliamento dei confini applicativi dell'istituto potessero alterare la *par condicio*, violare il principio di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa; oltre che si sarebbe posto in contrasto con il generale principio di auto responsabilità secondo cui i concorrenti subiscono le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

²⁰ Sulla nuova normativa, R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in Federalismi.it, 2014, p. 11 e ss.

degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione nelle procedure di gara mediante il pagamento di una sanzione prevista nel bando di gara. Dunque, per evitare il ricorso spropositato all'istituto del soccorso istruttorio, il legislatore aveva introdotto come contrappeso una sanzione pecuniaria²¹ in presenza di dichiarazioni viziate da irregolarità essenziali, prevedendo un subprocedimento oneroso per produrre la documentazione necessaria²².

In tal caso era previsto che la Stazione Appaltante assegnasse al concorrente un termine non superiore a dieci giorni, decorso il quale, in assenza di un'integrazione in sanatoria a seguito dell'invito della Stazione Appaltante, il concorrente sarebbe stato escluso. Anche in tale contesto normativo, l'effettiva mancanza dei requisiti di partecipazione comportava la sanzione espulsiva dalla procedura di gara²³.

Il quadro normativo allora vigente pertanto distingueva tra: a) le irregolarità non sanabili di cui all'articolo 46, comma 1-bis costituenti cause di esclusione; b) le irregolarità essenziali, a cui poteva porsi rimedio pagando una sanzione, nella misura dell'uno per mille dell'importo di gara e non superiore ad € 50.000, che era garantita dalla cauzione provvisoria; c) quelle non essenziali, per la quali non era necessaria alcuna regolarizzazione e non era prevista alcuna sanzione.

La nuova disposizione così modificata dal d.l. 90/2014, nell'ampliare il perimetro applicativo dell'istituto, ha inteso superare le difficoltà interpretative ed applicative degli artt. 38 e 46 del d.lgs. 163/2006, "procedimentalizzando" il soccorso istruttorio, ormai doveroso in presenza di irregolarità dichiarative c.d. essenziali, evitando il fenomeno delle esclusioni dalla procedura per motivi puramente formali. In particolare, è stato rilevato che conseguenza della nuova disciplina è

*"una sostanziale dequalificazione, in principio, delle "irregolarità" dichiarative da cause escludenti a carenze regolarizzabili"*²⁴.

L'ambito di applicazione della nuova disposizione era tuttavia circoscritto alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che componevano la documentazione amministrativa presentata dai partecipanti alle procedure di gara, con conseguente inoperatività del soccorso istruttorio per gli elementi attinenti alle offerte, *"pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara rende le stesse immutabili una volta che le stesse siano state presentate nei termini previsti dalla lex specialis"*²⁵.

L'Anac, con la Determinazione n. 1 del 2015, è intervenuta sulla portata applicativa del soccorso istruttorio alla luce delle recenti modifiche legislative²⁶. L'Autorità, nell'evidenziare preliminarmente la presenza di evidenti difficoltà nell'interpretare la normativa vigente, in relazione all'individuazione dei parametri entro i quali un'irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive potesse ritenersi di carattere essenziale, ha sottolineato che, ai fini della partecipazione alla gara, dovesse prevalere il dato sostanziale consistente nell'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, rispetto al dato formale costituito dalla completezza delle dichiarazioni rese per dimostrare il possesso dei requisiti. Da tale interpretazione ampiamente aderente al principio di *favor participationis* che valorizzava il sostanziale possesso dei requisiti²⁷, ne conseguiva che un'eventuale esclusione da parte della Stazione Appaltante dovesse essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta o omessa, ma solo nel caso in cui il concorrente non

²¹Sul punto cfr., Tar Milano, 14 luglio 2016, n. 1423 secondo cui l'introduzione della sanzione pecuniaria carico dei concorrenti per l'attivazione del soccorso istruttorio, prevista dal nuovo comma 2-bis dell'articolo 38 del d.lgs. 163/2006, non si poneva quale alternativa o sostitutiva dell'esclusione, ma colpiva *"l'irregolarità essenziale, indipendentemente dal fatto che essa venga successivamente sanata o meno dell'impresa interessata"*.

²²L. MARRAS, A. NICODEMO, G. NICODEMO, *Riduzione degli oneri di partecipazione alla gara, soccorso istruttorio e*

tassatività delle cause di esclusione, in M. NUNZIATA, *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Carocci Editore, Roma, 2017, p. 377, evidenziano che la sanzione colpisce il sol fatto di aver presentato una dichiarazione difettosa.

²³Tar Abruzzo, 25 novembre 2015, n. 784.

²⁴Cons. St., sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667.

²⁵Cons. St., sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481.

²⁶Cfr. Anac, Determinazione n. 1 del 8 gennaio 2015.

²⁷R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, VII edizione, Nel Diritto Editore, 2017, p. 1419.

avesse provveduto a sanare le irregolarità a seguito della richiesta della Stazione Appaltante ovvero non fosse in possesso, effettivamente, del requisito.

L'ambito di applicazione del soccorso istruttorio è stato ulteriormente ampliato con il codice dei contratti di cui al D.lgs. 50/2016. La legge delega²⁸ al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/24/UE²⁹ e 2014/25/UE si poneva l'obiettivo di ridurre gli oneri documentali ed economici a carico degli operatori economici, attribuendo la possibilità a quest'ultimi di integrare la documentazione di gara in relazione a qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione, purché non investisse gli elementi oggetto di valutazione del merito dell'offerta³⁰. La prima formulazione del codice prevedeva all'articolo 83, comma 9, la possibilità di sanare le carenze di qualsiasi elemento della domanda ed in particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, mediante il pagamento a carico del concorrente di una sanzione pecuniaria.

A ben vedere la nuova formulazione del Codice del 50 tradiva difatti quanto previsto sia dai criteri direttivi della legge delega che dalle direttive europee che escludevano i riferimenti alla natura onerosa del soccorso istruttorio, invece contemplata nel nuovo codice³¹. A differenza del Codice de Lise, però, la sanzione pecuniaria era prevista solo nel caso in cui i concorrenti volessero effettivamente avvalersi della possibilità di integrare/sanare la documentazione presentata e non più per il sol fatto

di aver presentato un'offerta incompleta o irregolare³². A seguito delle modifiche introdotte con l'articolo 52, comma 1, lett. d) del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, è stato eliminato ogni riferimento al soccorso istruttorio a pagamento, in quanto, come evidenziato dalla Relazione di accompagnamento, si trattava di una disposizione presente solo nell'ordinamento italiano contraria ai principi di concorrenza.

Il soccorso istruttorio, alla luce del contesto normativo allora vigente, ha subito l'influenza del legislatore europeo³³ del 2014 che, come detto, ha aderito alla tesi sostanzialistica, ampliando le ipotesi di applicazione dell'istituto. Invero, è stata superata la precedente impostazione legislativa basata sulla c.d. "essenzialità" dell'irregolarità riscontrata, così come enucleata a seguito della d.l. 90/2014 e fatta propria dall'Anac nel 2015, valorizzando il potere di soccorso ben al di là delle correzioni formali della domanda, come previsto dal precedente articolo 46 del d.lgs. 163/2006, fino a supplire con funzione integrativa non solo le incompletezze nella documentazione già presentata, ma anche i nuovi documenti del tutto mancanti, ma esistenti al momento della presentazione delle offerte. Tuttavia, in ossequio al principio di *par condicio competitorum*, veniva confermato che il sub-procedimento non fosse applicabile quando le carenze della documentazione non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa ovvero per integrare gli elementi afferenti all'offerta tecnica ed economica³⁴.

²⁸ Cfr. Legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. z).

²⁹ La direttiva 2014/24/UE non prevedeva la corresponsione alla Stazione Appaltante di alcuna sanzione pecuniaria.

³⁰ L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, pp. 291 e ss.

³¹ Sul rapporto tra la previsione normativa e il divieto di *gold platings* si veda, G. MARCHIANO, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2016, pp. 33 e ss.

³² Sull'influenza delle direttive europee sulla formulazione del nuovo articolo 83, comma 9 del D.lgs. 50/2016, E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2018, pag. 623 e ss.-. L'A. ha evidenziato che il legislatore europeo nel bilanciamento tra il principio di *favor participationis* e di *par condicio*, abbia voluto porsi dal lato

dell'operatore economico, "conferendo alla partecipazione alle gare un "diritto di precedenza" rispetto alla necessaria garanzia della parità di trattamento".

³³ Cfr. art. 56, comma 3 della direttiva n. 2014/24/UE secondo cui "se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, ..., agli operatori economici interessati 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".

³⁴ Sul punto si veda anche il contributo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ANAC, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio"*, anno 2017; ANAC, *Parere di Precontenzioso n. 900 del 6 settembre 2017*, avente ad oggetto la mancata indicazione della marca e modelli dei prodotti offerti; *ex multis*,

3. **IL NUOVO ARTICOLO 101 DEL CODICE DEL D.LGS. 36/2023**

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il soccorso istruttorio è interamente disciplinato dall'articolo 101.

L'articolo 101 del D.lgs. 36/2023, come l'articolo 83, comma 9 del D.lgs.50/2016, attua l'articolo 56 comma 3 della direttiva europea 2014/24/UE secondo cui *“se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se ne mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, (...), agli operatori economici interessati 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 trattamento e trasparenza”*.

Il nuovo Codice attribuisce all'istituto del soccorso istruttorio una nuova e autonoma disposizione, a differenza del precedente D.lgs. 50/2016 che relegava l'istituto a margine dell'articolo 83 dedicato alla selezione delle offerte, introducendo alcune novità che ne ampliano la portata innovativa e ne rendono più chiari i limiti operativi³⁵.

Sotto un profilo funzionale la Relazione al Codice ha chiarito che l'attivazione del soccorso istruttorio *“tende ad evitare che nei limiti del possibile e nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara”*. Come si è detto, la finalità dell'istituto è garantire la massima partecipazione alle procedure di gara evitando che meri vizi formali di carattere potenzialmente escludente compromettano il merito degli operatori economici, che in possesso

dei requisiti di partecipazione, hanno formulato un'offerta competitiva, con la conseguenza che ciò possa determinare difatti un definitivo pregiudizio al principio del risultato dell'azione amministrativa.

Tendenzialmente, anche alla luce del nuovo codice, l'operatività del soccorso istruttorio non opera incondizionatamente, dovendosi escludere in linea di principio la soccorribilità - sia in funzione integrante che sanante - degli elementi inerenti all'offerta tecnica e degli elementi della documentazione di gara che, laddove emendati mediante una allegazione postuma, determinerebbero una palese violazione del principio di par condicio.

La giurisprudenza recentissima del Consiglio di Stato³⁶ ha chiarito che, sotto un profilo funzionale, l'articolo 101 del D.lgs. 36/2023 distingue il soccorso istruttorio in soccorso integrativo e soccorso sanante (comma 1 lett. a) e lett. b)), il soccorso istruttorio in senso stretto c.d. procedimentale (comma 3) e il soccorso correttivo (comma 4).

Il comma 1 dell'articolo 101, ponendosi in linea con quanto già previsto dall'articolo 83, comma 9 del D.lgs. 50/2016, disciplina il c.d. soccorso integrativo e il soccorso sanante. Il primo (comma 1, lett. a)) - soccorso integrativo - consente all'operatore economico, in termini espressamente quantitativi, di porre rimedio alle carenze inerenti alla documentazione amministrativa trasmessa alla Stazione Appaltante, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica.

La disposizione precisa inoltre che è consentito, in funzione integrativa, supplire alla mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avalimento e dell'impegno a conferire mandato in caso di raggruppamenti temporanei d'impresa, qualora i documenti abbiano data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte.

In altri termini sono emendabili le omissioni formali che fanno riferimento a documenti già in possesso dell'operatore economico al momento

ANAC, Parere di Precontenzioso, n. 792 del 19 luglio 2017, concernente la mancata indicazione della percentuale di solfato di bario, come richiesto invece dalla legge di gara.

³⁵ Cfr. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Editoriale Scientifica, 2023, p. 601.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. V, Sent. 21 agosto 2023, n. 7870.

della presentazione dell'offerta, escludendo pertanto che l'offerente possa formare atti o documenti avente data successiva invocando l'applicabilità del soccorso istruttorio per carenze c.d. sostanziali.

Quanto al soccorso c.d. sanante (comma 1, lett. b)), anche tale disposizione non si discosta da quanto previsto dal precedente D.lgs. 50/2016 e mira a sanare, in termini qualitativi, ogni irregolarità o inesattezza della documentazione amministrativa, con esclusione della documentazione che compone l'offerta economica e tecnica e fermo restando il limite dei documenti di incerta imputazione soggettiva³⁷.

L'attivazione dell'istituto *de quo* costituisce pertanto un proprio obbligo di legge³⁸, dovendo la Stazione Appaltante assegnare un termine idoneo - ai sensi del nuovo articolo non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni - per consentire all'operatore economico l'integrazione in sanatoria della documentazione di gara.

La nuova formulazione codicistica, anche eliminando il riferimento alle irregolarità essenziali di cui all'articolo 83, comma del D.lgs. 50/2016, ha reso meno incerti i confini applicativi della fattispecie, confermando da un lato la sanabilità di tutte le irregolarità di carattere formale facilmente emendabili ad esclusione delle ipotesi espressamente previste, e dall'altro il divieto assoluto di integrazione/sanatoria di carenze sostanziali della documentazione di gara che possa pregiudicare il leale confronto competitivo e il corretto svolgimento della procedura di gara. Inoltre, la nuova disciplina ha ampliato i confini applicativi dell'istituto codificando il soccorso istruttorio c.d. procedimentale di matrice giurisprudenziale ed ha introdotto, con un'importante novità, il soccorso correttivo ad iniziativa privata.

La nuova impostazione codicistica, come detto, ha ampliato notevolmente la portata del soccorso istruttorio rispetto alla disciplina previgente,

confermando il favor del legislatore nel garantire il più ampio numero di partecipanti alle procedure di gara, evitando che i rigidi formalismi possano pregiudicare la partecipazione del concorrente "meno diligente".

Il nuovo Codice, recependo le indicazioni della giurisprudenza europea ed amministrativa, ha disciplinato il soccorso c.d. procedimentale, secondo cui la Stazione Appaltante può sempre richiedere chiarimenti al concorrente in relazione all'offerta economica e tecnica presentata e su ogni loro allegato.

Invero, l'articolo 101 al comma 3 prevede la possibilità di richiedere dei chiarimenti finalizzati ad acquisire l'interpretazione dell'offerta presentata dall'operatore economico e ricercando, in presenza di profili di ambiguità dell'offerta, l'effettiva volontà negoziale del concorrente, senza la necessaria produzione di ulteriori documenti³⁹. Si tratta di chiarimenti sempre ammessi se volti a rendere noto alla Stazione Appaltante l'effettiva portata dell'offerta del contraente, cercando di giungere ad esiti certi sull'impegno assunto dal concorrente, senza che però ciò si traduca in un'ammissibile integrazione dell'offerta di gara⁴⁰.

L'istituto del soccorso procedimentale non si tratta di una novità tutta del nuovo codice. Invero, in ambito nazionale si era già sviluppata, sotto la vigenza del Codice 50/2016, l'orientamento giurisprudenziale che riteneva ammissibile la possibilità da parte della Stazione Appaltante di attivare il c.d. soccorso procedimentale - istituto ben distinto dal soccorso istruttorio - volto ad acquisire chiarimenti per ricercare le effettive volontà del concorrente e la corretta interpretazione della offerta presentata, senza però che tali chiarimenti potessero assumere carattere integrativo⁴¹. Detta interpretazione era già stata condivisa anche dal Consiglio di Stato nei pareri resi dalla Commissione speciale n.ri 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017, con i quali era stata sottolineata la necessità di conservare l'istituto del "soccorso

³⁷ Recente è la sentenza del Tar Sicilia, 15 marzo 2023 n. 831, che ribadisce l'impossibilità di attivare il soccorso istruttorio laddove sia incerta la provenienza dell'offerta poiché firmata da un soggetto estraneo alla società.

³⁸ Tar Lombardia, Milano, n. 580/2022; *ex multis* Tar Marche n. 349/2023.

³⁹ Sul punto, cfr. Cons stato, sez. V, Sent. n. 290/2023

⁴⁰ Anac, delibera n. 370 del 26 luglio 2023; *ex multis* Cons stato 7039/2018; n. 4809/2018.

⁴¹ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2021, n.1225; *ex multis* Cons. St., sez. V, n. 680/2020.

procedimentale” affinché la Stazione Appaltante, in caso di dubbi riguardanti “*gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica*”, avrebbe potuto richiedere chiarimenti al concorrente cosicché, fermo il divieto di integrazione dell’offerta, gli stessi sarebbero stati ritenuti ammissibili soltanto se volti a chiarire la portata dell’offerta.

La possibilità di attivare il potere di soccorso procedimentale era stata condivisa anche dalla Corte di Giustizia UE⁴² che ha ritenuto ammissibile la possibilità da parte dell’amministrazione aggiudicatrice di invitare gli operatori a fornire chiarimenti sull’offerta presentata, senza però potesse condurre alla presentazione di una nuova offerta, evidenziando che la richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento richiesto dagli atti di gara.

La principale novità del nuovo Codice dei contratti in tema di soccorso istruttorio è caratterizzata dall’introduzione del soccorso c.d. correttivo, che ha attribuito la possibilità all’operatore economico di rettificare un errore materiale contenuto nell’offerta economica o tecnica. La portata innovativa di tale fattispecie è palese se si considera che la norma attribuisce al concorrente la possibilità di ravvedersi e richiedere, anche oltre il termine di presentazione delle offerte e fino al giorno fissato per la loro apertura, la correzione di un errore materiale che ne infici materialmente il contenuto⁴³, a condizione però che ciò non comporti la sostituzione con una nuova offerta o la sua modifica sostanziale e che durante la procedura venga assicurato l’anonimato.

La Relazione Illustrativa al Codice del Consiglio di Stato ha chiarito che le ipotesi in cui sarebbe ammessa tale facoltà corrisponderebbero ai casi in cui è ammesso il soccorso istruttorio sanante di cui al comma 1 lett. b) dell’articolo 101⁴⁴, ed ha precisato che “*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 potrebbero esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli atti di gara”.

A ben vedere il soccorso c.d. correttivo si atteggia quale istituto di nuovo conio, frutto non solo della tendenza del legislatore e della giurisprudenza recente di consentire l’esercizio del potere di soccorso in tutti i casi in cui ciò non comporti una alterazione sostanziale della *par condicio competitorum*, ma anche in linea con il principio di risultato appena codificato dal nuovo D.lgs. 36/2023, che contribuisce ad evitare che la speditezza e il buon andamento dell’azione amministrativa possano essere pregiudicati da irrilevanti e rigidi formalismi.

4. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

La descritta analisi normativa delinea l’evoluzione dell’istituto del soccorso istruttorio e il progressivo ampliamento dei suoi confini applicativi, soprattutto alla luce del nuovo articolo 101 del D.lgs. 36/2023 così come interpretato dalla recentissima giurisprudenza.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce un ruolo centrale all’istituto in esame quale strumento volto a garantire la massima partecipazione alle procedure di gara anche alla luce del nuovo principio del risultato (art. 1), che come individuato dalla Relazione al Codice, costituisce l’interesse pubblico al quale le stazioni appaltanti devono tendere durante le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti⁴⁵.

Si è visto come in un primo momento la giurisprudenza più restrittiva abbia individuato nell’esercizio del potere di soccorso in funzione integrativa, e in alcuni casi in funzione sanante, un

⁴² Corte di Giustizia Europea, ottava sezione, 28 febbraio 2018, causa C 523/16 e C-536/16 - *M.A.T.I. SUD S.p.a. c/ Centostazioni S.p.a.*

⁴³ Cons. St., sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870.

⁴⁴ In particolare ha individuato come soccorribile, a titolo esemplificativo, l’incongruenza tra gli importi unitari e l’importo complessivo dell’offerta economica.

⁴⁵ Sulla prima applicazione del principio di risultato in materia di appalti pubblici si veda, Tar Campania – Napoli, sez. I, sent. 15 gennaio 2024, n. 377, secondo cui il principio di risultato

“(valevole quale criterio orientativo che, per sua natura, è suscettibile di essere adottato anche per le procedure di appalto non rette dal d.lgs. n. 36/2023) può essere declinato in termini che pongano l’accento sull’esigenza di privilegiare l’effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell’azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell’attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvergono obiettive ragioni che ostino al suo espletamento”.

vulnus nel procedimento di gara che avrebbe alterato la *par condicio competitorum*, l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione. Gli interventi normativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo però hanno progressivamente chiarito il perimetro applicativo dell'istituto operando in concreto un bilanciamento tra il principio di concorrenza e quello della massima partecipazione.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica giova rilevare che l'esercizio del potere di soccorso assume una chiara funzione garantista sia per l'operatore economico che per la Stazione Appaltante, in quanto da un lato consente di evitare, seppur nei limiti evidenziati, l'esclusione dei concorrenti dalla procedura selettiva a causa di errori formali, dall'altro consente all'Amministrazione di individuare tra le varie offerte presentate il miglior contraente sul mercato che, in possesso dei requisiti, sia il più idoneo all'esecuzione del contratto, in linea con la logica dell'amministrazione di risultato.

La paventata necessità di evitare che adempimenti di natura non sostanziale potessero comportare ingiustificatamente l'esclusione dei partecipanti alla procedura ha contribuito alla progressiva "piena operatività" del soccorso istruttorio, consentendo la rivisitazione degli orientamenti giurisprudenziali risalenti più rigorosi che distinguevano tra la regolarizzazione, ammissibile, e divieto di integrazione documentale

non consentita, in quanto quest'ultima avrebbe attribuito indebiti vantaggi ad un concorrente "poco diligente" alterando così il leale confronto competitivo che regola la procedura di gara. Di conseguenza è stato attribuito alla Stazione Appaltante il dovere di soccorrere l'operatore economico sia per sanare la documentazione di gara già presentata, sia di integrarla con nuovi documenti non già in possesso dell'Amministrazione, purché aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte⁴⁶, fermo restando in ogni caso l'impossibilità di supplire alle carenze dell'offerta tecnica o economica ovvero a quelle che rendono incerta l'identità del concorrente.

Il quadro normativo vigente, pertanto, nell'ampliare il campo di applicazione dell'istituto si pone anche in linea con i recenti sviluppi giurisprudenziali sempre più orientati ad escludere l'esercizio del potere di soccorso nel solo caso in cui possa effettivamente incidere sulla *par condicio competitorum* afferendo ai requisiti di qualificazione del concorrente o con la struttura delle offerte presentate⁴⁷. La nuova impostazione codicistica, nella logica del bilanciamento degli interessi contrapposti, non sembra attribuire al risultato preminenza rispetto al principio di concorrenza. Invero si ritiene che la tendenza legislativa e giurisprudenziale che ha contribuito all'ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio non sia volta ad sconoscere la centralità del principio di *par condicio*

⁴⁶ In tema di soccorso istruttorio con riferimento alla cauzione provvisoria si veda la recentissima sentenza del Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 12 gennaio 2024 n. 23, secondo cui l'operatore economico "è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, (...). Discende che, al riguardo, il soccorso istruttorio è utilizzabile solo per l'integrazione della documentazione già prodotta in gara e, quindi, al fine di dimostrare un impegno assunto prima della scadenza del termine per presentare l'offerta ovvero di sopperire all'incompletezza o irregolarità della cauzione prodotta".

⁴⁷ Appare opportuno segnalare la presenza di recenti orientamenti contrastanti in relazione all'attivazione del soccorso istruttorio nelle procedure di gara in caso di omesso o tardivo versamento del contributo ANAC. Un primo orientamento, che si ritiene di condividere, ha avuto modo di chiarire che il comma 67 dell'articolo 1 della legge 266/2005, che prevede l'obbligo del versamento del contributo Anac, non

esclude che lo stesso possa essere effettuato anche dopo la scadenza del termine delle offerte, evidenziando che una clausola della *lex specialis*, che sanziona con comminatoria di esclusione l'omesso pagamento del contributo ANAC nei termini di presentazione delle offerte, debba essere considerata *tamquam non esset* in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr. Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175). Anche il Tar Campania, Napoli, sez. I, con recente Sentenza n. 2192 dell'11 aprile 2023, ha evidenziato che "il pagamento tardivo del contributo ANAC non può costituire motivo di esclusione dalla gara, tanto più che non può interferire con i requisiti di qualificazione del concorrente né con la struttura delle offerte presentate e valutate dalla Commissione". Un orientamento più restrittivo, invece, ritiene che l'esclusione del concorrente per omesso tempestivo versamento del contributo Anac sia legittima in presenza di un disciplinare di gara assolutamente chiaro nel disporre che lo stesso debba essere effettuato entro il termine di presentazione delle offerte (cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 25 luglio 2023, n. 7252).

competitorum nelle procedure di gara, ma ne dia completa attuazione, essendo quest'ultimo funzionale al raggiungimento del risultato ossia l'interesse della Stazione Appaltante per la ricerca del miglior contraente sul mercato, evitando che il leale confronto competitivo, la qualità e la serietà delle offerte presentate e la speditezza del procedimento possano essere penalizzati da rigidi formalismi procedurali.

La forte correlazione tra il principio di risultato e la tutela della concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici si riverbera inevitabilmente sull'attività della Stazione Appaltante durante la procedura di gara. Invero se lo scopo dell'Amministrazione si sostanzia nel premiare il merito, il principio del risultato impone, nel caso in cui l'operatore economico incorra in errori od omissioni non sostanziali, di attivare il potere di soccorso e permettere ad un potenziale aggiudicatario di rimanere in gara, favorendo il leale confronto competitivo. Solo in tal modo, garantendo il principio di massima partecipazione alle procedure di gara e tutelando al contempo la concorrenza, si ritiene possa essere consentito alla Stazione Appaltante di volgere tempestivamente alla conclusione della gara con la scelta, tra le offerte presentate, del miglior contraente sul mercato. In tal misura, come già evidenziato da autorevole giurisprudenza⁴⁸, la tutela della concorrenza in materia di contratti pubblici rappresenta pertanto un mezzo, e non un fine, rispetto allo scopo di *“conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”*.

⁴⁸Cons. St., Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896.