

Corso di formazione per magistrati amministrativi di prima nomina, organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa

I contratti pubblici

24 gennaio 2025

Il soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti e nella giurisprudenza.

Paola Malanetto

1. I principi che governano il soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio, quale fase procedurale dell'evidenza pubblica, rappresenta un importante momento di bilanciamento dei contrapposti interessi che si coagulano attorno agli appalti pubblici, oltre ad essere il precipitato di una presupposta normativa unionale.

Nella sintesi che vi si realizza si scontrano - con esiti il cui giusto equilibrio passa attraverso la "valutazione del caso concreto" demandata all'amministrazione procedente e, in ipotesi contenziosa, all'attività giurisdizionale - esigenze di *favor participationis* (dalle quali traggono beneficio tanto l'allargata platea dei concorrenti che l'amministrazione, messa in condizione di scegliere tra un maggior numero di proposte) ed esigenze di *par condicio* (dovendosi evitare che l'aggiudicazione si determini al di fuori della procedimentalizzazione e trasparenza propria di ogni gara pubblica); non ultime, emergono ragioni di efficienza delle procedure, evocate nei principi generali dall'art. 1 del nuovo codice e presidiate, nel contesto specifico, dall'onere di autoresponsabilità gravante sui concorrenti.

Si tratta di interessi tutti qualificabili primari, il cui criterio principe di bilanciamento non è la gerarchia ma la proporzionalità.

Se i primi due valori sono appannaggio storico della disciplina unionale, geneticamente orientata alla concorrenza, le ragioni di efficienza delle procedure sono venute in emersione a mano a mano che l'evidenza pubblica si è fatta carico di una molteplicità di fini ed interessi, i quali, inevitabilmente, aggravano il procedimento; per parte sua il Mercato Unico si è integrato, facendo emergere nuove esigenze di efficientamento.

Dal punto di vista del diritto positivo il soccorso istruttorio negli appalti pubblici trova la propria matrice nelle direttive europee, che lo hanno contemplato sin dall'art. 27 della direttiva 71/305/CE; il meccanismo è stato riproposto, salvo evoluzioni contenutistiche di cui si darà conto *infra*, nell'art. 51 della direttiva 2004/18/UE e nell'art. 56 della direttiva 2014/24/UE.

Il nostro ordinamento ha recepito l'istituto talvolta corredandolo di soluzioni eccentriche rispetto ai valori unionali, queste ultime più sensibili agli aspetti strettamente concorrenziali. Si pensi al soccorso istruttorio "a pagamento", introdotto dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014 (e riproposto anche nel d.lgs. n. 50/2016, sino al correttivo di cui al d.l. n. 56/2017, art. 52, che lo ha espunto). Il meccanismo è stato giustificato con l'esigenza di responsabilizzare i concorrenti.

Sul punto la Corte di giustizia UE¹, interpellata a più riprese, pur ricordando che le direttive lasciano agli Stati Membri ampi margini di discrezionalità nella disciplina del soccorso istruttorio e financo nel suo

¹ Sentenza Corte di giustizia UE del 28.2.2018 in cause riunite C-523/16 e 536/16; il giudice europeo, premesso che alla vicenda dovevano trovare applicazione, per ragioni cronologiche e di oggetto della gara, la direttiva 2004/17 e, più in generale, i principi dell'evidenza pubblica, ha stabilito che non è in astratto precluso al legislatore nazionale regolamentare il soccorso istruttorio introducendo sanzioni a carico dei concorrenti, purché: 1) la sanzione trovi applicazione solo nei confronti dei soggetti che del soccorso andranno effettivamente ad avvalersi e non venga applicata per il solo fatto che sia stata presentata documentazione incompleta, quando gli operatori scelgano di abbandonare la gara; 2) la sanzione rispetti il principio di proporzionalità in relazione al valore del contratto ed all'incidenza oggettiva del subprocedimento di soccorso in termini di aggravamento procedurale.

recepimento, posta di fronte ad una puntuale casistica in cui le stazioni appaltanti si erano premurate di inserire nei documenti di gara draconiane sanzioni fissate nel massimo previsto per legge per qualsivoglia, ed ancorché minima, carenza documentale, ha valutato non conforme al principio di proporzionalità la declinazione concreta del meccanismo sottoposto alla sua attenzione.

Altro aspetto regolatorio espressione di ragioni di salvaguardia dei tempi della procedura e di responsabilizzazione dei concorrenti è la qualificazione come perentorio del termine assegnato per regolarizzare la documentazione; il suo inutile decorso può pertanto decretare l'espulsione dalla gara dell'operatore economico.

La soluzione era da tempo avallata, sempre quale precipitato del principio di autoresponsabilità², dalla giurisprudenza ed ha trovato una prima esplicita codificazione a partire dal 2014, per essere poi riproposta sia nel codice del 2016 che in quello vigente.

Il termine massimo per integrare i documenti è oggi fissato in 10 giorni.

Il primo comma dall'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 si è innovativamente fatto carico di stabilire anche un termine minimo, pari a 5 giorni; in sede contenziosa erano infatti precedentemente sorte contestazioni con riguardo all'assegnazione di termini ristretti, ritenuti tali da vanificare in concreto la facoltà di emenda³.

L'attenzione alla congruità del termine è coerente con la giurisprudenza unionale, là dove quest'ultima evidenzia come, se pure esistono margini di discrezionalità degli Stati Membri nella regolazione del soccorso istruttorio, qualora la normativa nazionale lo contempli la disciplina deve rispettare il criterio dell'effetto utile⁴.

Infine, in giurisprudenza, si è chiarito come il termine non possa e non debba essere inteso come se si trattasse di una sorta di "tagliola"; esso infatti non preclude all'amministrazione di sollecitare il soccorso istruttorio in più occasioni, ove ne sorga più volte l'esigenza, né impedisce, qualora vengano prodotti documenti ritenuti non ancora esaustivi, di chiedere ulteriori chiarimenti, nella logica del cosiddetto "soccorso istruttorio di secondo grado"⁵.

2. L'evoluzione del perimetro del soccorso istruttorio nel diritto unionale e nazionale.

La direttiva 71/305/CE all'art. 27 prevedeva, con riferimento alla documentazione richiesta per la comprova della qualificazione e forma giuridica del concorrente, che *"l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'imprenditore e completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli"*; anche l'art 51 della direttiva 2004/18/UE si focalizza sulla documentazione amministrativa in termini di integrazione o chiarimento.

La direttiva del 2004 è stata recepita pressoché letteralmente nel nostro ordinamento dall'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, che recitava: *"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"*.

² Cons. St., sez. III, n. 5783/2023 ha precisato che la diligenza esigibile dal concorrente di una gara pubblica è quella dell'operatore qualificato.

³ Per una fattispecie in cui, nel vigore della pregressa disciplina, il termine di 5 giorni assegnato per la produzione di alcuni documenti di identità era stato ritenuto congruo, si veda Tar Abruzzo n. 8/2020; nel senso dell'insufficienza di un termine di 5 giorni in una ipotesi in cui, con il soccorso istruttorio, erano stati richiesti chiarimenti in relazione allo stato di un contenzioso e alla produzione di una certificazione ISO si era invece espresso Tar Campania, sez. VIII, n. 3067/18. Si segnala, inoltre, una controversia in cui è stato posto il problema se i giorni dovessero considerarsi continuativi o lavorativi e il Collegio ha optato per la soluzione dei giorni continuativi, Tar Lazio, sez. I quater, n. 7401/19.

⁴ Corte di giustizia UE 28.2.2018, cit.: *"quando si avvalgono della facoltà prevista all'articolo 51 della direttiva 2004/18, gli Stati Membri devono fare in modo di non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e di non pregiudicare né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, punto 34)"*.

⁵ Cons. St., sez. III, n. 10718/2023.

La disposizione nazionale utilizzava il tempo indicativo (“invitano”) per trasporre quello che, in ambito unionale, era espresso in termini di facoltà; infatti la direttiva, come già ricordato, lasciava alla stazione appaltante la libertà di ammettere il soccorso istruttorio e disciplinarlo e la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha interpretato la pertinente disposizione nel senso della sussistenza, anche a monte, di una vera e propria facoltà dello Stato di recepire, oltre che regolare, l’istituto, fermi sempre il principio di parità di trattamento e l’effetto utile⁶.

La soluzione di disegnare il soccorso istruttorio in termini di dovere è stata certamente influenzata dalle caratteristiche generali che l’istituto presenta nel diritto interno. Ferma la derivazione unionale in materia di appalti, infatti, il soccorso istruttorio trova un parallelo di disciplina generale del procedimento all’art. 6 della l. n. 241/90. Con riferimento a tale disposizione, ed invocando il buon andamento dell’amministrazione (art. 97 Cost) e la leale collaborazione, che in ogni caso ben si sposano con *il favor participationis*, la giurisprudenza riconosce un vero e proprio dovere della parte pubblica di ausiliare il privato nel corso del procedimento.

Si aggiunga, in materia di appalti, che la logica del risultato, che governa il nuovo codice sin dall’art. 1, non può che rafforzare la cogenza del soccorso istruttorio (Tar Lazio, sez. I ter, n. 14747/2024). Rimane, ovviamente, l’esigenza di calibrare questo dovere rispetto alle specifiche caratteristiche dell’evidenza pubblica, nel cui contesto: *“l’obbligo di ammissione al soccorso istruttorio deve essere coerente con il principio di equa distribuzione, tra le parti della procedura concorsuale, dell’onere di diligenza normalmente esigibile (nei confronti dell’amministrazione procedente e dell’impresa partecipante alla gara, cui è corretto richiedere non una diligenza comune, ma la diligenza professionale di cui all’art. 1176, secondo comma, cod. civ.)”*⁷.

A fronte, poi, di un persistente proliferare di contenziosi per esclusioni motivate da carenze formali della documentazione e di clausole inserite negli atti di gara volte ad avallare siffatte esclusioni⁸, il tutto per lo più

⁶Si legge nella già più volte citata decisione della Corte di giustizia resa nelle cause C-523/16 e 536/16: *“si deve ricordare che l’articolo 51 della direttiva 2004/18 prevede che, nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l’amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 di tale direttiva.*

Tale disposizione si limita quindi a prevedere la semplice possibilità, per l’amministrazione aggiudicatrice, di invitare coloro che presentano un’offerta nell’ambito di una procedura di gara d’appalto a integrare o a chiarire la documentazione da fornire in sede di valutazione delle condizioni di ricevibilità della loro offerta, che dimostri la loro capacità economica e finanziaria e le loro conoscenze o capacità professionali e tecniche. Né tale disposizione né alcun’altra disposizione della direttiva 2004/18 contengono precisazioni sulle modalità in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire o sulle condizioni alle quali essa può eventualmente essere soggetta.

Ne consegue che, nell’ambito delle misure di trasposizione della direttiva 2004/18 che gli Stati membri devono adottare, questi ultimi sono liberi, in linea di principio, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, non solo di prevedere una siffatta possibilità di regolarizzazione delle offerte nel loro diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 35), ma anche di regolamentarla.

Gli Stati membri possono quindi, a tale titolo, decidere di subordinare tale possibilità di regolarizzazione al pagamento di una sanzione pecuniaria..”

⁷ Cons. St., sez. III, n. 5387/2023

⁸ La Corte di giustizia UE, nella sentenza 6.11.2014, in causa C-42/13, è stata chiamata ad esprimersi sulla compatibilità con il diritto unionale di una disciplina di gara italiana che comminava l’espressa esclusione di un concorrente per omessa presentazione della dichiarazione di assenza di condanne in capo al proprio asserito direttore tecnico. Nel caso di specie il concorrente, escluso, chiedeva di dimostrare che il soggetto, per altro erroneamente indicato come direttore tecnico, era incensurato; la Corte ha avallato l’esclusione, enfatizzando l’esigenza di parità di trattamento dei concorrenti, interpretata anche come uguale sforzo richiesto ai concorrenti per conformarsi alla disciplina di gara.

Resta vero che le previsioni di esclusione devono, per pacifica giurisprudenza unionale, essere chiaramente note a priori ai concorrenti. Nella pronuncia del 2.6.2016, resa in causa C-27/15, la Corte di giustizia UE ha precisato che per evitare rischi di arbitrio da parte della stazione appaltante occorre che le condizioni procedurali di partecipazione

giustificato in ragione della *par condicio* dei concorrenti, della loro qualificazione professionale e della celerità della procedura, il legislatore italiano, in consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali maggiormente sostanzialisti, è intervenuto a più riprese con l'obiettivo di circoscrivere questo tipo di effetti.

Già con il d.l. n. 70/2011 è stato introdotto il co. 1 *bis* dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, di raccordo tra la disciplina del soccorso istruttorio e quella – complementare – delle esclusioni, precisando che le esclusioni avrebbero dovuto essere limitate, oltre che alle ipotesi di legge o regolamento, ai casi di *“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. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

In relazione a tale disciplina l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione del 25.2.2014, n. 9, aveva sistematizzato l'evoluzione della materia nei seguenti termini: ferma la non retroattività e la natura fortemente innovativa del d.l. n. 70/2011, il soccorso istruttorio, circoscritto alla documentazione amministrativa, doveva essere inteso come volto a correggere/integrare/emendare la documentazione carente, senza possibilità di produrne di mancante.

In epoca pressoché coeva alla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria veniva tuttavia approvata la direttiva 2014/24/UE (il cui termine di recepimento è scaduto il 18.4.2016), che ha disegnato un paradigma decisamente più sostanzialista e rappresenta la base normativa tanto del d.lgs. n. 50/2016 che del d.lgs. n. 36/2023.

La logica sottesa alla nuova impostazione si coglie in seno al considerando n. 84 della direttiva, che recita: *“Molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione. Limitare tali*

siano chiaramente definite in anticipo. In specifico, con riferimento alla possibile esclusione dell'operatore economico per il mancato pagamento del contributo all'allora AVCP, ancorché non esplicitamente prevista negli atti di gara, la Corte ha concluso che: *“il principio di 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 in seguito al 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. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.”*

La problematica della possibilità di escludere il concorrente per il mancato pagamento del contributo (oggi in favore dell'ANAC) è tuttora foriera di dibattito nella giurisprudenza nazionale ed interseca anche il perimetro del soccorso istruttorio. Con la recente ordinanza Cons. St., sez. III, n. 48/2025, in una fattispecie in cui l'esclusione per il mancato pagamento del contributo era chiaramente prevista dalla legge di gara, è stata rimessa all'adunanza plenaria la risoluzione del conflitto tra l'orientamento, battezzato “rigorista”, secondo cui, essendo il pagamento una condizione di ammissibilità dell'offerta, con il soccorso istruttorio è possibile acquisire la sola ricevuta, purché il pagamento sia intervenuto prima della scadenza del termine di presentazione della domanda, e quello più elastico secondo il quale, assimilando l'incombenza ad un requisito amministrativo di partecipazione ed evidenziando come la pertinente normativa non preveda puntuali termini di adempimento, si ammette che il concorrente soccorso possa non solo documentare ma anche effettuare il pagamento mancante in seno al subprocedimento attivato dall'amministrazione. L'ordinanza di remissione evidenzia come la soluzione sostanzialista non pregiudicherebbe neppure le legittime esigenze di tutela delle fonti di finanziamento dell'Autorità, né ingenererebbe rischi di condotte opportunistiche dei concorrenti (che potrebbero scientemente omettere il versamento, riservandosi di effettuarlo solo in caso di aggiudicazione) per la ragione che la verifica dei requisiti amministrativi si conclude prima della valutazione delle offerte e quindi dell'individuazione dell'aggiudicatario; l'argomento suggerisce che, tuttavia, un diverso punto di equilibrio potrebbe essere trovato in caso di inversione procedimentale.

requisiti, ad esempio mediante l'uso di un documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata, potrebbe comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici."

In sostanza, mentre nella prima generazione di direttive l'imposizione di oneri amministrativi a comprova dei requisiti generali e speciali di qualificazione suppliva alla carenza di circolarità dell'informazione ed all'imperfezione del Mercato Unico, in un contesto di maggiore integrazione del sistema gli oneri amministrativi e documentali palesano il loro effetto di barriere all'ingresso sul mercato, divenendo oggetto di scelte di semplificazione; queste ultime possono essere perseguite, in fase di candidatura, tramite la standardizzazione della modulistica (DGUE) e, nel corso del procedimento, tramite un approccio maggiormente sostanzialista nella verifica dei requisiti.

A quanto sopra deve aggiungersi il radicale cambio di paradigma indotto dalla digitalizzazione delle gare. Infatti la creazione di banche dati a disposizione delle stazioni appaltanti, con possibilità di acquisizione diretta dei dati, consente di ridurre, in capo all'amministrazione, quelle forme di asimmetria informativa che rappresentano una delle giustificazioni della richiesta in gara di una mole non indifferente di documentazione. L'analisi economica del diritto ricorda, infatti, che la possibilità di un operatore economico di tenere nascosto il proprio patrimonio informativo incrementa il rischio di fallimento del mercato in termini di cosiddetta *adverse selection* con, nel caso di interesse, assegnazione del contratto al concorrente in verità meno affidabile. E' tuttavia evidente che, se l'amministrazione può e deve acquisire direttamente determinati documenti, sarebbe un ossimoro predicare l'esclusione del concorrente che non li ha forniti.

Seguendo queste coordinate l'art. 56 co. 3 della direttiva 2014/24/UE prevede: *"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, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, 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."*

Pertanto la direttiva del 2014 ha chiarito, nel fisiologico processo di dialogo circolare tra diritto nazionale e unionale, il significato della "facoltà" di soccorso istruttorio affidato, nella sua gestione, alla discrezionalità della stazione appaltante con la mediazione della legislazione nazionale; per favorire l'implementazione del soccorso istruttorio, il legislatore nazionale è oggi chiamato ad un espresso *"opting out"*, in mancanza del quale il meccanismo diviene strutturale, pur restando nella disponibilità delle stazioni appaltanti; esso si estende poi in modo esplicito alla acquisizione dei documenti mancanti.

Con specifico riferimento alla disciplina del documento di gara unico europeo ed alle procedure gestite in forma digitale, che rappresentano ormai la norma, l'art. 59 della direttiva 2014/24/UE prevede: *"Se l'amministrazione aggiudicatrice può ottenere i documenti complementari direttamente accedendo a una banca dati a norma del paragrafo 5, il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, quali l'indirizzo Internet della banca dati, eventuali dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso"*; la previsione sostituisce la dichiarazione dei requisiti con la dichiarazione dell'indirizzo internet ed eventuale consenso all'accesso alla banca dati ove i documenti di riscontro sono direttamente reperibili. Secondo la direttiva resta facoltà dell'amministrazione chiedere, genericamente nel corso della procedura, *"tutti i documenti complementari"* qualora questo fosse necessario, ovvero chiederne l'integrazione o aggiornamento.

In sostanza, nel contesto digitale, là dove l'amministrazione divenga in grado di verificare direttamente la documentazione, lo stesso meccanismo del soccorso istruttorio è in prospettiva svuotato in parte di contenuto, in quanto la verifica dei requisiti finisce per essere affidata all'interoperabilità delle banche dati.

In ambito nazionale, già il d.l. n. 90/2014 si era mosso nel senso di ampliare gli spazi del soccorso istruttorio; la norma, oltre ad introdurre il ricordato e poi superato “soccorso a pagamento”, ammetteva il soccorso istruttorio in ogni ipotesi di *manca*za, incompletezza o “irregolarità essenziale” della documentazione. Al di là della non immediata perimetrazione del concetto di “irregolarità essenziale” veniva così, per la prima volta, esplicitata la facoltà di *integrare* i documenti mancanti tramite soccorso istruttorio.

La normativa unionale è stata poi pienamente recepita con l’art. 83 co. 9 del d.lgs. n. 50/2016, che ha mantenuto al fuori dal perimetro del soccorso istruttorio solo la componente tecnica ed economica dell’offerta e ha ribadito la non sanabilità di quelle irregolarità tali “*da rendere non individuabile il contenuto dell’offerta o il soggetto che la ha proposta*”. Per il resto è risultata confermata l’ammissibilità dell’integrazione della documentazione amministrativa, il tutto sempre che, nel nuovo contesto digitalizzato, la loro acquisizione non fosse possibile tramite banche dati interoperabili, rispetto alle quali il concorrente poteva essere, al più, tenuto a confermare o aggiornare il contenuto, secondo il principio del cosiddetto “*once only*”.

L’immutata disciplina unionale è il presupposto dell’art. 101 del d.lgs. n. 36/2023; quest’ultimo, per di più, in quanto inserito tra gli obiettivi del PNRR, ha dato particolare impulso alla digitalizzazione delle procedure, che aveva invece avuto scarsa implementazione nel vigore del codice del 2016. Nel senso di promuovere ulteriormente la semplificazione digitale si è infine mosso il recente correttivo al codice, approvato con il d.lgs. n. 209/2024.

3. Il soccorso istruttorio e la documentazione amministrativa nel nuovo codice.

Il primo comma dell’art. 101 muove dall’ultima frontiera acquisita del soccorso istruttorio e disegna il cosiddetto “soccorso istruttorio integrativo o completo”, ossia la possibilità, tramite questo strumento, di integrare la documentazione amministrativa mancante.

Resta esclusa da questo meccanismo la documentazione afferente l’offerta tecnica ed economica, di cui si occupa il terzo comma.

L’*incipit* della norma fa salva l’ancor più drastica soluzione propiziata dalla gestione digitale delle procedure e per la quale il soccorso istruttorio è questione in radice superata là dove la stazione appaltante possa acquisire il documento di riscontro dei requisiti direttamente dal fascicolo virtuale dell’operatore. Il sistema automatico di verifica dei requisiti realizza, tra l’altro, il principio del cosiddetto *once only* (art. 99 co. 3 del d.lgs. n. 36/2023), per il quale il privato che abbia fornito una volta un documento all’amministrazione (o che lo abbia inserito nel fascicolo virtuale detenuto da ANAC) non può essere chiamato a farlo nuovamente. In giurisprudenza possono essere ascritte ad una applicazione del principio del cosiddetto *once only* quelle soluzioni per le quali, ad esempio, se il concorrente ha presentato il DGUE debitamente compilato nella domanda di partecipazione per un lotto, tale documento deve essere considerato consultabile dalla stazione appaltante anche in relazione ad altro lotto della medesima gara nel quale sia invece stato accidentalmente omissso (Tar Liguria, sez. I, n. 1/2025).

L’onere della stazione appaltante di acquisire direttamente i dati di controllo dei requisiti è stato ulteriormente rafforzato dal recente correttivo (d.lgs. n. 209/2024), che ha introdotto nell’art. 99 del d.lgs. n. 36/2023 il co. 3 *bis*. La nuova disposizione prevede che, in caso di malfunzionamento della banca dati nazionale dei contratti pubblici o del fascicolo virtuale dell’operatore economico (FVOE) ivi costituito, alimentati a loro volta dalla Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND), la stazione appaltante, ancorché impossibilitata alla verifica automatica dei requisiti, abbia l’onere di pronunciare l’aggiudicazione, fatta salva l’acquisizione dall’operatore economico (che ben può avvenire tramite una forma di soccorso istruttorio) non della documentazione attestante il requisito, bensì di una semplice autocertificazione.

Resta fermo l'onere della stazione appaltante di procedere alla verifica dei requisiti, da concludersi in un tempo congruo. Ne consegue che la verifica potrebbe non completarsi prima dell'aggiudicazione, provocando – qualora negativa - l'autotutela o financo il recesso, la risoluzione o la declaratoria di inefficacia del contratto. Il concorrente che abbia autocertificato il falso incorre, comunque, in segnalazioni e responsabilità per tale condotta.

La disposizione, che punta con vigore a garantire l'effettiva funzionalità del sistema automatico di scambio di informazioni tra pubbliche amministrazioni, sembra porre a carico della stazione appaltante il rischio di malfunzionamento dell'ecosistema di verifica digitale dei dati negli appalti. Non si ritiene invece che il meccanismo possa trovare applicazione anche quando, pur nel regolare funzionamento delle piattaforme ANAC e PDND, il dato o documento non sia semplicemente reperibile per inerzia o mancata adesione dell'amministrazione che *ab origine* lo detiene o, qualora si tratti dei requisiti di ordine speciale soggetti ad inserimento anche da parte degli stessi operatori economici interessati, per mancata alimentazione del sistema a questi ultimi imputabile.

Non sembra poi precluso alla stazione appaltante che non abbia consumato tutto il tempo previsto per la conclusione della gara o la stipulazione del contratto di attendere l'esito delle verifiche non automaticamente riscontrate, per evitare di concludere contratti a rischio di recesso. Ancora pare possibile sollecitare la leale collaborazione del concorrente, che pure mantiene interesse alla corretta conclusione delle verifiche. Ciò è tanto più vero in quanto la nuova disciplina nazionale si pone al limite di compatibilità con quella unionale, la quale, come già ricordato, mira a semplificare, non ad abolire, il controllo sui requisiti; prevede infatti l'art. 59 co. 4 della direttiva 2014/24/UE che l'amministrazione aggiudicatrice possa comunque chiedere all'operatore economico di presentare in qualunque momento i documenti complementari *"qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura"* e che l'esenzione dalla presentazione di documenti complementari o prove operi *"sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale"*.

In attesa della completa ed effettiva accessibilità automatica dei dati rilevanti nel sistema appalti, così come per i dati che caratterizzano in specifico la singola gara e necessitano quindi di alimentazione *ad hoc* da parte dell'operatore economico, restano operativi gli ordinari meccanismi del soccorso istruttorio, sui quali si focalizzano l'art. 101 e la pertinente giurisprudenza.

La disposizione di cui al co. 1 in tema di soccorso integrativo pone l'attenzione su taluni specifici documenti (la garanzia provvisoria, il contratto di avvalimento e l'impegno a conferire mandato collettivo speciale a costituire un raggruppamento di imprese), la cui gestione aveva, in precedenza, dato luogo ad incertezze giurisprudenziali.

La loro menzione in questo contesto consente di ascriverli oggi certamente alla documentazione amministrativa. Le ondivaghe soluzioni giurisprudenziali emerse in precedenza sono dovute dalla valenza intrinsecamente contrattuale di questi atti. Le tre fattispecie sono infatti accomunate dalla circostanza che questi documenti non si limitano a fornire rappresentazione di una condizione o qualità preesistente in capo all'impresa ma sono essi stessi costitutivi del requisito, trattandosi di vere e proprie manifestazioni di volontà contrattuale. Per tale ragione il soccorso integrativo viene ammesso solo qualora il documento oggetto di integrazione rechi una data certa antecedente alla scadenza dei termini di presentazione dell'offerta; è infatti evidente che, se entro tale scadenza, la volontà contrattuale non era stata manifestata, risulta mancante nei corretti termini di partecipazione non la semplice prova di sussistenza del requisito ma il requisito in quanto tale. Una soluzione assimilabile alle fattispecie in analisi è stata adottata in giurisprudenza in una ipotesi, pur non espressamente menzionata dal codice, di mancata dichiarazione del subappalto necessario. La carenza è stata considerata afferire ad un requisito di qualificazione (a differenza del subappalto facoltativo, che si ascrive a mera scelta esecutiva), evidenziando tuttavia come

tale requisito passi necessariamente attraverso una manifestazione di volontà contrattuale, la cui mancanza nei termini di presentazione dell'offerta non sarebbe dunque sanabile (Tar Lazio, sez. IV ter, n. 90/2025).

Ancora in giurisprudenza si è escluso il soccorso istruttorio a fronte di un contratto di avvalimento tecnico nullo per mancata individuazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria; la messa a disposizione delle concrete risorse necessarie per l'esecuzione è stata considerata in diverse pronunce appartenere alla struttura dell'offerta tecnica, come tale non integrabile (Cons. St., sez. V, n. 322/2024; Tar Basilicata, sez. I, n. 506/2024). La scelta è condivisibile e conferma la natura fisiologicamente "di confine" di determinati requisiti o documenti, fermo che ad analogo esito espulsivo si potrebbe pervenire in diretta applicazione dell'art. 101 ed assimilando il contratto nullo a quello radicalmente mancante.

La prescrizione normativa in analisi è calibrata sulla radicale assenza del tempestivo documento contrattuale. Restano tuttora gestibili nelle forme più tradizionali di soccorso, disciplinato dal secondo comma dell'art. 101 ed oggi battezzato "sanante", i casi di imperfetta espressione della pur esistente volontà contrattuale. I primi arresti giurisprudenziali, infatti, ammettono la sanatoria, secondo i più ampi e risalenti canoni del soccorso istruttorio, volto a rimediare ad omissioni o carenze di documenti pur presentati, ipotesi quali quelle di presentazione di una garanzia di importo materialmente errato per evidente e rettificabile errore di calcolo (Tar Napoli, sez. VIII, n. 109/2025), di erronea indicazione quale beneficiario della polizza della Stazione Unica appaltante in luogo dell'ente committente (Cons. St., sez. V, n. 4984/24), di mancanza nella garanzia di specifiche clausole proprie dell'evidenza pubblica (spesso rinvenibili nelle condizioni generali di contratto), come il rinnovo automatico per 180 giorni, qualora alla scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione (Tar Lazio, sez. III ter, n. 23262/24). Ancora si è ritenuto che, nonostante non fosse stato prodotto in termini né con data certa il documento di conferimento di mandato irrevocabile in capo alla mandataria, l'offerta non potesse essere esclusa, in quanto la volontà contrattuale di costituire l'RTI risultava comunque documentalmente evincibile da una coordinata e complessiva lettura delle dichiarazioni tempestivamente prodotte e recanti la sottoscrizione di tutti i componenti l'RTI (Cons. St., sez. V, n. 10189/2024).

L'esigenza di predisporre documentazione contrattuale *ad hoc* per la singola gara esclude che le eventuali carenze o irregolarità di questi documenti possano sempre essere risolte tramite l'interoperabilità delle banche dati e richiede dunque, fisiologicamente, un maggiore vaglio interno al procedimento di aggiudicazione.

Sono inoltre, in generale, sanabili con il soccorso istruttorio le carenze documentali afferenti la prova dei requisiti tecnici, che attengono pur sempre al perimetro della documentazione amministrativa; d'altro canto la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE, nella decisione già ricordata (*cf* nota 6), parifica la comprova dei requisiti generali e di quelli speciali. In tal senso si sono espressi, ad esempio, CGA n. 4/2023, che ha ammesso la sanatoria per la mancata prova di equipollenza di un titolo di studio; Tar Perugia n. 758/2023, che ha ammesso la sanatoria per la mancata comprova dei servizi di punta.

In senso apparentemente contrario si è pronunciato Cons. St., sez. V, n. 7070/2023; ad una attenta lettura della decisione si evince tuttavia che il requisito è stato, nella sostanza, interpretato come elemento di vera e propria composizione dell'offerta.

I requisiti tecnici, per il loro intrinseco contenuto, si prestano infatti ad ambiguità e plurima valenza nel contesto dell'offerta⁹; basti pensare alla richiesta di una determinata certificazione ISO che può essere,

⁹ Corte di giustizia UE 26.1.2023, in causa C-403/21: *"la direttiva 2014/24 non esclude che prescrizioni tecniche possano essere intese al contempo come criteri di selezione relativi alle capacità tecniche e professionali, come specifiche tecniche e/o come condizioni di esecuzione dell'appalto, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 58, paragrafo 4, e degli articoli 42 e 70 di tale direttiva (sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras,*

nella legge di gara, prescritta quale mero requisito tecnico di partecipazione, ovvero prevedere l'attribuzione di un punteggio premiale, divenendo così un elemento costitutivo dell'offerta. Ne può conseguire che, pur trattandosi in astratto dello stesso documento, nel caso concreto si giunga a diversi esiti in termini di soccorso istruttorio in quanto, se il requisito refluiscie nell'offerta tecnica, si scontra con il più rigoroso divieto di modificazione della stessa dopo la scadenza dei termini di presentazione e diviene, da mera comprova di una condizione del concorrente, elemento contrattuale non integrabile (Tar Lazio, sez. V, 18000/2024).

In definitiva per comprendere se la mancanza di un documento è sanabile occorre valutarne non l'astratta tipologia ma la concreta funzione in gara.

Restano infine esplicito ostacolo anche al più ampio soccorso sanante le omissioni, inesattezze o irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

4. Il soccorso istruttorio e le offerte tecniche ed economiche.

Il comma 3 dell'art. 101 acquisisce gli ultimi approdi "sostanzialisti" della giurisprudenza in materia.

La fattispecie viene in dottrina e giurisprudenza qualificata "soccorso procedimentale" o, dopo la novella, "soccorso istruttorio in senso stretto"; la sua valenza può meglio essere colta valorizzando la componente di obbligo dell'amministrazione di una interpretazione complessiva ed approfondita della volontà contrattuale espressa dal concorrente.

Fermo che, spostando l'attenzione dalla documentazione amministrativa a quella che compone l'offerta tecnica o economica, cambia la funzione dei documenti (da attestazione di requisiti preesistenti ad espressione di immutabile volontà contrattuale, in adesione alle sollecitazioni della stazione appaltante), in una logica sostanzialista non può trascurarsi che, tra le regole di interpretazione dei contratti, vi sono quelle che prediligono la lettura secondo l'effetto utile (1367 c.c., che in gara ben può declinarsi come mantenimento della partecipazione) e in termini coerenti con l'oggetto del contratto (art. 1369 c.c.). Per una interpretazione complessiva dell'offerta, onde comprendere in capo a chi dovesse essere valutato il possesso di una certificazione sociale per l'attribuzione del punteggio premiale si veda, ad esempio, Cons. St., sez. V, n. 6961/2024.

Ovviamente nell'evidenza pubblica l'interpretazione dell'offerta non è questione di interesse confinato alle parti, come in un contratto di diritto privato, ed incontra dunque il limite, a tutela degli altri concorrenti, dell'immodificabilità; occorre tuttavia muoversi con un approccio sostanziale, tanto più a fronte di offerte di contenuto a complessità crescente e fermo che l'interpretazione accolta deve essere ragionevolmente e documentalmente evincibile da quanto tempestivamente prodotto.

La stessa giurisprudenza UE, anche risalente, ha in fatto affrontato la questione finendo, nei propri giudizi, per effettuare una trattazione a principi uniformi di ogni forma di salvataggio dell'offerta del concorrente. Nella sentenza 11.5.2017 resa in causa C- 131/16 è stata infatti analizzata la possibilità di ammettere un concorrente a sostituire un campione presentato in gara, pacificamente non coerente con le specifiche tecniche e il contenuto dichiarativo dell'offerta. La Corte non ha escluso l'emenda, purché potesse dirsi che l'errata produzione integrava, nel contesto, un errore manifesto, restando così rispettata la parità di trattamento. Accidentalmente la vicenda interessava una gara per la digitalizzazione di documenti e i campioni erano, appunto, "documenti" sicché il principio di diritto enunciato in calce effettua riferimento all'integrazione documentale (potendo ingenerare l'equivoco di riferirsi alla documentazione amministrativa) ma, dalla lettura del fatto, si evince essersi trattato di "campioni" e, in sostanza, dell'avallo

C-927/19, EU:C:2021:700, punto 84). Viceversa, un'amministrazione aggiudicatrice può decidere di optare per una sola di tali qualifiche".

di una lettura del contenuto dell'offerta tecnica secondo una logica complessiva, ferma sempre la *par condicio* dei concorrenti.

Anche la giurisprudenza nazionale è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla sostituibilità dei campioni affermandone la possibilità quando gli stessi, nel contesto della gara, presentano una funzione "dimostrativa" di quanto già compiutamente dichiarato (Cons. St., sez. III, n. 3996/2017 e n. 3246/2017); il soccorso è stato invece escluso ove, dalla legge di gara, potesse evincersi che i campioni erano destinati a costituire l'oggetto di valutazione da parte della commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio divenendo, di fatto, elemento costitutivo centrale dalla manifestazione di volontà contrattuale (Cons. St., sez. III, n. 1238/2024). Anche in tal caso si verifica dunque l'effetto per cui una diversa valutazione del medesimo dato non rappresenta per forza un contrasto di giurisprudenza, quanto piuttosto il fisiologico esito della valutazione del caso concreto.

Ha infine una portata certamente innovativa l'ultimo comma dell'art. 101, riferito al cosiddetto soccorso "correttivo", che può essere direttamente attivato dal concorrente il quale, avvedutosi di un errore materiale manifesto nella formulazione dell'offerta prima della sua valutazione ma oltre i termini di presentazione, fermo sempre il vincolo dell'immodificabilità della stessa, proceda spontaneamente a rettifica anonima.

5. Soccorso istruttorio ed oneri di sicurezza aziendale.

Una menzione specifica merita l'annosa questione del soccorso istruttorio qualora, nel contesto dell'offerta economica, non siano stati indicati in modo esplicito e separato gli oneri di sicurezza aziendale; il dibattito ha dato luogo a numerosi interventi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ed è stato portato all'attenzione della Corte di Giustizia UE.

Dando per scontata, in questa sede, l'evoluzione giurisprudenziale sino al nuovo codice, una indicazione tuttora vincolante è stata fornita dalla Corte di Giustizia UE nella decisione del 2.5.2019, resa in causa C-309/18, in cui si legge che: *"i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale...secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione in un appalto pubblico comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione di gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

La pronuncia, in parte interlocutoria, si pone nel solco della logica unionale, secondo la quale la disciplina del soccorso istruttorio è rimessa a scelte del legislatore nazionale, fermo il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica; la Corte, evidentemente, non si addentra nell'analisi puntuale di una normativa nazionale che, in quanto non vincolata a livello unionale nei contenuti, non trova termine di paragone sovranazionale, se non nel rispetto dei già ricordati principi.

A fronte delle problematiche emerse, il nuovo codice, all'art. 108 co 9, recita: *"Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale."*

La norma soddisfa il requisito del *clare loqui*.

Senonché le difficoltà interpretative non sembrano totalmente sopite e la questione è di non immediato inquadramento sistematico; la problematica, infatti, non afferisce a forme di documentazione di requisiti,

ambito storico del soccorso istruttorio, quanto alle modalità di composizione dell'offerta economica. Come ampiamente esposto, rispetto ai contenuti dell'offerta, il soccorso istruttorio incoraggia oggi una lettura complessiva e sostanzialista che è, in linea di principio, l'esatto opposto della scelta di pronunciare una esclusione perché un singolo valore non è stato reso separatamente esplicito, pur potendo, in mera ipotesi, risultare rispettato ad una verifica complessiva.

Non si contesta certo in questa sede che voci dell'offerta economica, quali il costo del lavoro e gli oneri della sicurezza, siano elementi rigidi anche nella logica unionale, nel senso che il rispetto dei relativi parametri minimi non è negoziabile. Neppure è discutibile, in astratto, l'opportunità di una scelta del legislatore nazionale che, a fronte dei notori problemi di sicurezza e *dumping* sociale che caratterizzano gli appalti, ha imposto la specifica evidenziazione di voci di costo che sono garanzia per i lavoratori, introducendo una forma (dichiarativa) di rafforzamento del loro rispetto. Resta il problema di inferire, da aspetti astrattamente dichiarativi e non per forza contenutistici dell'offerta, effetti irrimediabilmente escludenti, in un contesto di soccorso istruttorio sempre più ampio e che, per quanto concerne l'interpretazione dell'offerta, vede avanzare la logica diametralmente opposta della ricerca della complessiva volontà negoziale.

La giurisprudenza unionale¹⁰, per altro seguita da coerente giurisprudenza nazionale, insegna inoltre da tempo che la valutazione di sostenibilità dell'offerta economica non avviene per singole voci di costo o secondo la logica della "caccia all'errore" ma è valutazione globale, con fisiologici margini anche di rimodulazione degli importi nel corso del contraddittorio e fermo il risultato di sostenibilità complessiva, ad importi globali invariati. Coerentemente l'art. 110 co. 5 del nuovo codice dispone l'esclusione di quelle offerte che non rispettino i minimi salariali o esponano oneri della sicurezza incongrui, concependolo come esito di una valutazione di sostenibilità.

Ribadito allora che la Corte di Giustizia, già interpellata sulla praticabilità del particolare onere dichiarativo dei costi della sicurezza imposto dalla normativa nazionale, lo ha avallato, resta evidente il disagio nella gestione della categoria logico-giuridica per essere stato riservato un trattamento tipico dell'onere meramente dichiarativo ad un dato contenutistico; di tale disagio è espressione, ad esempio, l'articolato ragionamento esposto nella decisione Cons. St., sez. V, n. 1677/24 la quale, per altro, si è confrontata con una fattispecie in cui gli oneri della sicurezza erano comunque stati indicati, benché in importi errati che il concorrente intendeva rettificare nel giudizio di anomalia.

Il diverso caso in cui gli oneri della sicurezza siano del tutto omessi nella formulazione dell'offerta, ancorché in tesi correttamente ricavabili dall'insieme della documentazione offerta, resta auspicabilmente ormai relegato alla teoria, data la chiarezza della norma e l'annoso dibattito che la ha preceduta, oltre al verosimile inserimento di spazi *ad hoc* nella modulistica e nei campi da compilare sulle piattaforme di approvvigionamento digitale.

La giurisprudenza finirà invece per doversi confrontare con ipotesi più sfumate di indicazioni esistenti ma incongrue o errate, per le quali potrebbero trovare ancora applicazione i generali meccanismi del soccorso istruttorio o della valutazione di congruità complessiva dell'offerta, nel contesto del vaglio di anomalia. Le stesse pronunce Cons. St. ad. plen. nn. 7 e 8/2020, pur valorizzando i principi enunciati in materia dalla Corte di Giustizia, hanno poi ricordato come, anche a fronte di un disposto normativo da ritenersi chiaro, residuino margini di soccorso istruttorio quando si verifichi la materiale impossibilità del concorrente di compilare l'apposito campo per problematiche della piattaforma o, appunto, la modulistica di gara possa indurre in confusione il concorrente.

6. Il soccorso istruttorio processuale.

Merita infine menzione, per il particolare risolto pratico che implica, il cosiddetto soccorso istruttorio processuale.

Il meccanismo è stato puntualmente descritto nelle sue dinamiche nella pronuncia Cons. St., sez. III, n. 975/2017 e può trovare applicazione quando si verifichino contemporaneamente le seguenti circostanze:

¹⁰ Già nella sentenza Corte di Giustizia UE del 27.11.2001 in cause C-285/99 e C-286/99 la Corte ha disegnato un metodo sostanzialista di analisi delle anomalie dell'offerta.

- 1) l'offerta aggiudicataria presenta una carenza documentale che né la stazione appaltante né gli altri concorrenti hanno rilevato nel corso del procedimento;
- 2) solo con il ricorso di altro concorrente la circostanza viene evidenziata, contestando che l'amministrazione non avrebbe potuto semplicemente concludere la procedura ma avrebbe, al più, dovuto attivare il soccorso istruttorio;
- 3) l'aggiudicataria è tuttavia pacificamente in possesso del requisito e lo documenta (deducendo sul punto fatti e prove, anche con mera memoria difensiva) in corso di giudizio;
- 4) il giudice amministrativo è posto innanzi all'alternativa di pronunciare un annullamento per mancata attivazione del soccorso istruttorio (con regresso del procedimento alla pertinente fase ma con il solo effetto che l'amministrazione acquisirà il documento già prodotto in giudizio e procederà ad una rinnovata identica aggiudicazione) ovvero, preso atto dell'esistenza del requisito, di respingere il ricorso.

A tale soluzione, prospettata dall'orientamento giurisprudenziale citato, si suole opporre il divieto, per il giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati dall'amministrazione; si sottolinea altresì come il nuovo codice, pur delegato, tra l'altro, a sistematizzare orientamenti giurisprudenziali, non lo abbia esplicitamente fatto in questo caso.

Tuttavia pare potersi osservare che, quantomeno là dove si tratti della meccanica operazione di prendere atto di un documento attestante un requisito ed offerto in produzione dal concorrente attaccato, ponendosi nella complessiva logica del risultato, che come visto contribuisce ulteriormente a spostare il soccorso istruttorio dall'ambito del potere a quello del dovere, l'intervento del giudice, nei termini sopra descritti, resta consono ad esigenze di celerità e non aggravamento dell'azione amministrativa, senza invaderne arbitrariamente gli spazi.

Tanto è vero che anche recentemente (Cons. St, sez. V, n. 6961/2024) il giudice d'appello ha ricordato il meccanismo nelle sue dinamiche, senza rinnegarle, benché, nel caso specifico, abbia concluso per l'inammissibilità dell'autonomo vaglio giudiziario in quanto, nella fattispecie concreta, la parte chiedeva di integrare una certificazione sociale afferente a componenti premiali dell'offerta tecnica e non alla mera documentazione di prerequisiti di accesso.

E' inoltre evidente come il soccorso processuale non sarà attivabile quando l'acquisizione documentale preluda ad una analisi caratterizzata da discrezionalità o qualora lo stesso sia già stato attivato dalla stazione appaltante e fallito dal concorrente; in tal caso non si tratterebbe, infatti, di ovviare ad una svista della stazione appaltante in astratto inidonea ad incidere sugli esiti di gara bensì di salvare un concorrente da proprie inadempienze, in violazione della *par condicio* e del principio di autoresponsabilità (Tar Lazio, sez. I *quater*, n. 6584/2020).