

Il soccorso istruttorio

di Elena Cogo

Data di pubblicazione: 6-3-2024

1. Si deve ritenere sanabile attraverso il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 la documentazione, eventualmente incompleta o omessa, a comprova dei requisiti di partecipazione posseduti dall'operatore economico a condizione che si tratti di circostanze effettivamente preesistenti rispetto al termine fissato per la presentazione delle offerte e che dunque l'irregolarità non evidenzi alcuna carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa era finalizzata (1).

2. L'art. 85, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie de qua, esime gli operatori economici in sede di dimostrazione dei requisiti dal presentare documenti complementari o altre prove documentali presenti già in banca dati o in possesso della stazione appaltante (2).

(1) Conformi Tar Lazio, Roma, Sez. V, 30 maggio 2023, n. 9201; Consiglio di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290; Consiglio di Stato sez. V, 2 agosto 2022, n. 6786.

(2) Conformi Tar Lazio, Roma, Sez. III, 6 marzo 2023, n. 3682; Tar Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 29 ottobre 2019, n. 253; [Tar Sardegna, Cagliari, Sez. I, 27 gennaio 2018, n. 50](#).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Quarta)

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1016 del 2023, proposto da C. Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati Chiara Clementi, Claudia Rigucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Licciana Nardi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Barchielli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

L.I. Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Amici, Chiara Egle Orsini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; A. Società Cooperativa Sociale Onlus, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della Det. n. 281 del 12 agosto 2023 a firma del Responsabile del Servizio Affari Generali, con la quale è stata aggiudicata alla controinteressata L.I. la procedura aperta riservata alle cooperative sociali di tipo B per l'affidamento dei servizi di refezione scolastica a ridotto impatto ambientale per le scuole dell'infanzia e primarie, accompagnamento bambini su mezzi adibiti a trasporto scolastico, pulizie sede municipale centrale e sedi staccate con pulizia a chiamata Castello di Terrarossa, avente CIG n. (...);

- dell'avviso di aggiudicazione non efficace in favore de L.I. comunicato con PEC del 1°agosto;

- di tutti i verbali di gara e, in particolare, del verbale di gara n. 2 del 31.07.2023, nella parte in cui viene approvata la documentazione amministrativa, nonché dei verbali di gara nn. 4 e 5 del 31.07.2023 e del 01.08.2023, nella parte in cui valorizzano l'

de L.I. attribuendole il punteggio più alto ed il primo posto in graduatoria e, al contempo, attribuiscono all'offerta di A. il secondo posto;

- della determina n. 273 del 01.08.2023 a firma del Responsabile del Servizio con cui la Stazione Appaltante approvava i verbali dal n. 1 al n. 5 della Commissione di Gara e la graduatoria, dando altresì atto che il RUP avrebbe proceduto ai successivi controlli a norma di legge;

- di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto, ancorché non conosciuto;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato, per il risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro dell'odierna ricorrente nel contratto, ovvero, in via subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Licciana Nardi e di L.I. Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2024 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con Determina n. 233 del 21 giugno 2023, il Comune di Licciana Nardi avviava una procedura aperta di cui all'art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riservata alle cooperative sociali di tipo B) di cui all'art. 1, comma 1, lettera b) della L. n. 381 del 1991, per l'affidamento per due anni (2023/2024 e 2024/2025) del "Servizio di refezione scolastica a ridotto impatto ambientale per le scuole dell'infanzia e primarie del comune di Licciana Nardi - accompagnamento bambini su mezzi adibiti a trasporto scolastico - pulizie sede municipale centrale e sedi staccate con pulizia a chiamata Castello di Terrarossa", avente CIG n. (...).

Presentavano la propria domanda di partecipazione alla gara nei termini di scadenza prescritti dal bando, svoltasi in modalità telematica attraverso il sistema S.T.A.R.T., tre distinti operatori economici: L.I. Società Cooperativa Sociale; A. Società Cooperativa Sociale ONLUS e l'odierna ricorrente C. Società Cooperativa Sociale ONLUS.

Con Determina n. 273 del 1° agosto 2023, qui impugnata, il Comune approvava i verbali di gara e la graduatoria, dalla quale risultava vincitrice L.I. Società Cooperativa Sociale e terza graduata l'odierna ricorrente.

In sede di verifica dei requisiti, ex art. 32, comma 7 del D.Lgs. n. 50 del 2016, veniva inviata, in data 4 agosto 2023, alla impresa aggiudicataria avviso di avvio del procedimento chiedendo di produrre documentazione e nello specifico:

"- documentazione DURC; - iscrizione nella white list; - la documentazione inerente i punti n. 9.2 e 9.3 del disciplinare di gara come già dichiarato all' interno della documentazione della busta amministrativa e più precisamente: 1. Requisiti di idoneità professionale; 2. Requisiti di capacità economica-finanziaria anno 2020-2021-2022; 3. Requisiti minimi di capacità tecniche e professionali".

La comunicazione veniva riscontrata dalla Incontro Società Cooperativa Sociale, in data 11 agosto 2023, mediante allegazione della documentazione richiesta.

Con Determina n. 281 del 12 agosto 2023, esaminata la documentazione resa in sede di verifica, il Comune procedeva all'aggiudicazione ex art. 32, comma 5 e 33, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016, del servizio oggetto di gara a L.I. Società Cooperativa Sociale; mentre l'odierna ricorrente C., si posizionava terza alle spalle della cooperativa A..

Con un primo e unico motivo di ricorso, la parte ricorrente, C. Società Cooperativa Sociale, contesta la violazione dei principi di autoresponsabilità e di par condicio, ritenendo che l'amministrazione resistente abbia ecceduto i limiti prescritti dall'art. 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016, non potendo la fase di verifica dei requisiti condurre a sopperire ad un requisito che "non sia mai stato dichiarato nel DGUE o sia stato dichiarato nello stesso in modo diverso da quanto poi chiarito in sede di verifica".

In particolare, sia con riferimento alla documentazione amministrativa depositata dalla cooperativa L.I., risultata aggiudicataria, sia nei confronti della cooperativa A., classificatasi seconda, la ricorrente denuncia una serie di omissioni dichiarative, asseritamente insanabili e pertanto tali da giustificare l'esclusione dalla gara di entrambi gli operatori economici.

Per quanto riguarda la cooperativa vincitrice, L.I., nel relativo DGUE, quest'ultima non avrebbe dichiarato:

- l'iscrizione all'Albo Regionale riservato alle cooperative sociali di tipo B (avendo dichiarato soltanto l'iscrizione nell'Albo Nazionale delle Cooperative e nella sola Sezione A);
- il fatturato specifico per l'anno 2022 (avendolo dichiarato solo per gli anni 2019, 2020 e 2021), né il possesso di un fatturato pari a 150.000,00 euro per l'anno 2020 (risultando il fatturato del 2020 inferiore a tale soglia);
- i requisiti minimi di capacità tecnico professionali (servizio di refezione scolastica di dimensioni non inferiori a quello oggetto di gara, con un numero complessivo di pasti erogati non inferiore a n. 90.000 nel triennio).

La seconda classificata, A. Società Cooperativa Sociale, invece, non avrebbe dichiarato:

- il numero di iscrizione CCIAA, né dell'iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali di tipo B;
- di aver svolto almeno tre appalti analoghi a quello oggetto del presente appalto nell'arco degli ultimi tre anni solari (2020-2021-2022) avendone indicati solo due;
- il fatturato minimo annuo specifico ("relativo al settore di attività oggetto dell'appalto") di almeno € 150.000,00 IVA esclusa per gli esercizi finanziari 2020, 2021 e 2022;
- il numero dei pasti erogati nei servizi di refezione gestiti in passato.

A fronte di tali mancanze, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere entrambe le suddette cooperative, dovendo essa necessariamente condurre la verifica dei requisiti sulle dichiarazioni contenute nel DGUE, non essendo ammissibili successive integrazioni.

Si sono costituiti il Comune di Licciana Nardi e la cooperativa L.I., ciascuno argomentando con memoria in ordine all'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza emessa all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 12 ottobre 2023 è stata respinta l'istanza cautelare.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica. All'udienza del 23 gennaio 2024, all'esito della discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

1. Il ricorso non può essere accolto per le ragioni che si passa ad esporre.

1.1. Il disciplinare di gara prevedeva quali requisiti speciali di partecipazione, i seguenti:

- Art. 9.2 - Requisiti di idoneità professionale, consistenti: nell'iscrizione nel registro CCIA nel settore ristorazione, nonché nell'iscrizione all'albo regionale delle cooperative come prescritto dall'art. 4 della L.R. n. 36 del 2015 e nell'aver reso in modo soddisfacente e senza contenzioso, in favore di Comuni o altri enti pubblici, almeno tre appalti analoghi a quello oggetto del presente appalto, ove per analogo si intendeva il servizio di mensa scolastica, nell'arco degli ultimi tre anni solari precedenti all'indizione della gara (2020-2021-2022);

- Art. 9.2 - Requisiti di capacità economica finanziaria, consistenti nell'aver realizzato negli esercizi finanziari 2020, 2021, 2022, un fatturato minimo annuo almeno pari ad € 150.000,00, IVA esclusa, relativo al settore di attività oggetto dell'appalto;

- Art. 9.3 - Requisiti minimi di capacità tecniche e professionali, consistente nella gestione, negli ultimi tre anni scolastici (2020/2021 - 2021/2022 - 2022/2023), di almeno un servizio di refezione scolastica, di dimensioni non inferiori a quello oggetto della presente gara, con un numero complessivo di pasti erogati non inferiore a n. 90.000 nel triennio.

Come osservato dalla ricorrente, nella documentazione di gara erano tuttavia oggettivamente presenti alcune incongruenze e dati contraddittori, in particolare, a fronte delle suddette indicazioni sugli anni scolastici (2020/2021 - 2021/2022 - 2022/2023) da prendere in considerazione:

- all'art. 24 del Disciplinare (Modalità di presentazione delle offerte) nella indicazione della documentazione amministrativa da allegare (punto A.2) veniva stabilito che nel DGUE, alla dichiarazione di possesso dei requisiti di partecipazione avrebbe dovuto essere allegato un "elenco dei principali servizi prestati nel triennio A.S. 2019/2020/2021, in cui dovranno essere indicati i relativi contratti suddivisi per ciascun anno, con l'indicazione dei rispettivi importi, luoghi di esecuzione, data di inizio ed eventuale data di ultimazione ed i nominativi dei committenti, pubblici o privati degli stessi e n. pasti erogati";

- all'art. 10 del Bando di gara, tra i requisiti di capacità tecnica professionale, il requisito della gestione di un servizio di refezione scolastica faceva riferimento agli ultimi tre anni scolastici (2020-2021-2022) senza alcuna ulteriore specificazione; il che poteva facilmente indurre in errore nel ritenere che gli anni scolastici rilevanti fossero quelli 2019/2020, 2020/2021 e

2021/2022, stante la mancata coincidenza tra anno solare e anno scolastico.

In ragione di tale non del tutto univoca documentazione di gara, la cooperativa risultata aggiudicataria L.I., in sede di DGUE, aveva per errore dichiarato nell'elenco riportante il fatturato specifico e i servizi resi, le annualità 2019-2020-2021, tralasciando quella del 2022. Solo in sede di verifica dei requisiti l'aggiudicataria ha prodotto l'elenco dei servizi prestati con integrazione dell'annualità 2022.

1.2. Il Collegio ritiene che la stazione appaltante abbia nella fattispecie correttamente applicato l'art. 83, comma, 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, in base al quale: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Sulla base della interpretazione di tale norma che si è via via consolidata in giurisprudenza, si deve ritenere sanabile attraverso il soccorso istruttorio la documentazione, eventualmente incompleta o omessa, a comprova dei requisiti di partecipazione posseduti dall'operatore economico, a condizione che si tratti di circostanze effettivamente preesistenti rispetto al termine fissato per la presentazione delle offerte e che dunque l'irregolarità non evidenzii alcuna carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa era finalizzata.

Da ultimo il Consiglio di Stato (Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870) ha osservato che "l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 L. n. 241 del 1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano - laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa. In tale prospettiva, la regola - che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 bis L. n. 241 del 1990) - ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale, per un verso, vi dedica (...) una autonoma e più articolata disposizione (art. 101) e, per altro verso, ne amplifica l'ambito, la portata e le funzioni, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa".

Prosegue la sentenza citata affermando che l'interpretazione dell'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016 deve essere condotta in armonia "con la più ariosa prospettiva dischiusa, in

termini solo parzialmente innovativi, dall'art. 101 del D.Lgs. n. 36 del 2023" assecondando una "direttiva esegetica tendenzialmente non restrittiva" e tenendo conto del "programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso, fino al segno ... di marcare un possibile conflitto con il canone di autoresponsabilità"; per cui in conclusione, anche nell'interpretazione delle norme contenute nel D.Lgs. n. 50 del 2016, "deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa".

1.3. Nella fattispecie, il DGUE della cooperativa controinteressata L.I. non era affetto, come sostiene la ricorrente, da radicali ed insanabili omissioni, ma conteneva invece tutte le dovute dichiarazioni del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, residuando alcune parziali omissioni dichiarative o alcune incongruenze, in parte giustificate dalla predetta scarsa chiarezza del disciplinare ma comunque pacificamente sanabili attraverso il soccorso istruttorio, e ciò anche ad aggiudicazione avvenuta e in sede di verifica dei requisiti (non essendo stato attivato il soccorso istruttorio in fase di ammissione), specie alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra illustrate e del principio del *favor participationis*.

1.3.1. In particolare, quanto alla dichiarazione del requisito d'idoneità professionale dell'iscrizione all'albo regionale delle cooperative di tipo B, si tratta in tal caso di un'omissione puramente formale: la cooperativa L.I. aveva infatti dichiarato nel DGUE di essere iscritta all'albo nazionale (al numero A138773) e all'albo regionale, indicando tuttavia per quest'ultimo il solo numero d'iscrizione nella sezione A, ma riportando l'indirizzo del sito internet dell'albo regionale ove poter reperire le relative informazioni, compreso il numero di iscrizione nella sezione B. Informazione questa, peraltro, reperibile anche dall'albo nazionale.

1.3.2. Quanto al requisito del fatturato specifico, la cooperativa L.I. non aveva indicato nell'elenco allegato al DGUE il fatturato dell'anno 2022, in ciò tuttavia, come sopra accennato, indotta in errore scusabile in particolare dalla prescrizione di cui all'art. 24 del Disciplinare che richiedeva di allegare l'elenco dei principali servizi prestati "nel triennio A.S. 2019/2020/2021". In sede di verifica, correttamente la stazione appaltante ha perciò richiesto alla cooperativa aggiudicataria di integrare la documentazione inerente all'annualità 2022, adempimento perfezionato dalla cooperativa con la produzione dell'elenco aggiornato dei servizi e del fatturato specifico completo del triennio richiesto dal bando (2020-2021-2022). Da tali produzioni integrative si evince peraltro che l'aggiudicataria raggiunge ampiamente il limite dei 150.000,00 euro annui (anche per il 2020); requisito già dichiarato - ancorché genericamente - nel DGUE e riferito dal disciplinare "al settore di attività oggetto dell'appalto" e non soltanto ai servizi di mensa scolastica. Dunque, risulta che, per mero errore, la cooperativa aggiudicataria aveva indicato, per l'anno 2020, un numero di servizi svolti per un valore di fatturato inferiore, peraltro con uno scarto assai esiguo, rispetto a quanto prescritto dal disciplinare. Pertanto, anche il requisito in questione era posseduto sin dal momento della domanda.

1.3.3. Quanto infine al requisito di capacità tecnico professionale (gestione, negli ultimi tre anni scolastici di almeno un servizio di refezione scolastica, di dimensioni non inferiori a quello

oggetto della presente gara, con un numero complessivo di pasti erogati non inferiore a n. 90.000 nel triennio), quest'ultimo era parimenti desumibile dall'elenco dei servizi allegato al DGUE, contenente tra gli altri il servizio di mensa scolastica reso in favore dello stesso Comune di Licciana Nardi nel triennio 2019/2020/2021. In base all'art. 9.3. del disciplinare: "Tale requisito sarà dimostrato con l'elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, svolti regolarmente, con buon esito e senza contenzioso, in favore di enti pubblici o privati con l'indicazione degli importi, delle date, dei destinatari e del numero dei pasti erogati. La Stazione Appaltante provvederà d'ufficio alla verifica del requisito auto dichiarato".

La produzione di tale elenco, dunque, era richiesta, per espressa previsione del disciplinare, in fase di dimostrazione del requisito e non di dichiarazione del suo possesso, con conseguente operatività, nella fattispecie, dell'art. 85, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016, che, in relazione a tale fase, esime gli operatori dal presentare documenti complementari o altre prove documentali presenti già in banca dati, o qualora la stazione appaltante possieda già tali documenti.

Tali informazioni, infatti, erano già in possesso della stazione appaltante, la quale non aveva necessità di farne espressa richiesta di ostensione in sede di verifica dei requisiti.

In particolare, poi, il Comune di Licciana Nardi ha ritenuto ragionevolmente provato il possesso del requisito tecnico-professionale in esame, considerando che il servizio di refezione scolastica reso in suo favore per il triennio 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022 (quanto all'ambiguità nell'indicazione del triennio rilevante si rimanda al punto 1.1. della presente motivazione) aveva il medesimo oggetto di quello del bando di cui all'odierno contenzioso ("Servizio di refezione scolastica per le scuole del Comune di Licciana Nardi e Servizio di accompagnamento trasporto scolastico") per un numero di pasti annuali previsti pari a 37.000. Il servizio di refezione scolastica gestito per il Comune di Licciana Nardi per il triennio 2019-2022 era pertanto capace di integrare il requisito di capacità tecnico professionale di cui al punto 9.3. del Disciplinare, in quanto, già in quella sede era stata valutata l'idoneità organizzativa della società oggi aggiudicataria alla erogazione di un numero di pasti (111.000) assai superiore rispetto a quello oggetto del presente affidamento (87.000 pasti). Dunque, come giustamente osservato dalla difesa dell'amministrazione resistente, L.I. aveva messo a disposizione, per l'erogazione del precedente affidamento, una organizzazione idonea alla erogazione di 111.000 pasti nel triennio, poi probabilmente erogati in misura minore a causa del sopravvenire dell'emergenza Covid, ma tale circostanza non poteva essere di per sé significativa della minore capacità tecnica della cooperativa L.I.. Infatti, quella dell'emergenza pandemica è stata una circostanza impeditiva oggettiva nell'erogazione di tali tipi di servizi, la cui verifica poteva essere eventualmente e allo stesso modo apprezzata anche in favore di altre imprese concorrenti in sede di verifica del possesso del requisito in questione.

Pertanto, appare logica e ragionevole la decisione della stazione appaltante di ritenere nella fattispecie sostanzialmente integrato il requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 9.3. del bando, in favore della controinteressata, prescindendo dall'esatta verifica del numero dei pasti effettivamente erogati nel triennio.

1.4. Dunque, la cooperativa L.I. possedeva tutti i requisiti richiesti dal disciplinare sin dal

momento della presentazione della domanda, cosicché la successiva integrazione di alcune delle dichiarazioni contenute nel DGUE mirava esclusivamente ad attestare circostanze preesistenti, conformemente alla ratio e all'interpretazione consolidata delle norme che regolano l'istituto del soccorso istruttorio e senza violazione del principio della par condicio.

2. Dovendo essere confermata l'aggiudicazione alla cooperativa L.I., prima classificata, si può prescindere dall'esame delle censure che mirano all'esclusione della seconda classificata, cooperativa A., restando altresì assorbite le ulteriori domande proposte dalla ricorrente.

3. Per le sopra esposte ragioni il ricorso deve essere respinto.

4. Le spese di lite possono essere compensate, tenuto conto della complessità delle questioni di fatto e di diritto esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Conclusione

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Giani, Presidente

Giovanni Ricchiuto, Consigliere Nicola Fenicia, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Il Tar Toscana con la pronuncia in commento è chiamato a confrontarsi con **l'istituto del soccorso istruttorio**.

Preliminarmente, al fine di comprendere in modo compiuto il *thema decidendum*, giova illustrare taluni elementi in fatto che hanno portato alla sentenza in commento.

La vicenda all'origine del provvedimento attenzionato prende le mosse dall'indizione di una procedura aperta ex art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riservata alle cooperative sociali di tipo B) di cui all'art. 1, comma 1, lettera b) della l. n. 381/1991, per l'affidamento per due anni (2023/2024 e 2024/2025) del "Servizio di

refezione scolastica a ridotto impatto ambientale per le scuole dell'infanzia e primarie del comune di Licciana Nardi - accompagnamento bambini su mezzi adibiti a trasporto scolastico - pulizie sede municipale centrale e sedi staccate con pulizia a chiamata Castello di Terrarossa".

Presentavano domanda di partecipazione alla gara nei termini di scadenza prescritti dal bando tre concorrenti. La procedura ad evidenza pubblica si svolgeva in modalità telematica attraverso il sistema S.T.A.R.T.. Pochi giorni dopo l'approvazione dei verbali di gara e della graduatoria, in sede di verifica dei requisiti ex art. 32, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 veniva inviato all'aggiudicataria avviso di avvio del procedimento con richiesta di produrre documentazione e precipuamente: "*- documentazione DURC; - iscrizione nella white list; - la documentazione inerente ai punti n. 9.2 e 9.3 del disciplinare di gara come già dichiarato all'interno della documentazione della busta amministrativa e più precisamente: 1. Requisiti di idoneità professionale; 2. Requisiti di capacità economica-finanziaria anno 2020-2021-2022; 3. Requisiti minimi di capacità tecniche e professionali*".

Esaminata la documentazione resa dalla prima classificata, il Comune previa verifica della proposta di aggiudicazione provvedeva all'aggiudicazione del servizio oggetto di gara ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016.

La cooperativa risultata terza graduata impugnava la determina recante l'approvazione dei verbali di gara e della graduatoria contestando la violazione dei principi di autoresponsabilità e di *par condicio*. Argomentava che l'Amministrazione resistente aveva ecceduto i limiti prescritti dall'art. 32, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 poiché la fase di verifica dei requisiti non poteva condurre a sopperire a un requisito che "*non sia mai stato dichiarato nel DGUE o sia stato dichiarato nello stesso in modo diverso da quanto poi chiarito in sede di verifica*". In particolare, sia con riferimento alla documentazione amministrativa depositata dalla cooperativa classificatasi prima sia nei confronti della cooperativa classificatasi seconda denunciava varie omissioni dichiarative, asseritamente insanabili e pertanto tali da giustificare l'esclusione dalla gara di entrambi i concorrenti.

Secondo la ricorrente, la stazione appaltante a fronte di tali mancanze avrebbe dovuto escludere entrambe le cooperative sociali, stante la necessità di effettuare la verifica dei requisiti necessariamente sulle dichiarazioni contenute nel DGUE senza che fossero ammissibili successive integrazioni. Tuttavia, con la pronuncia in commento il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana ha rigettato il ricorso.

Brevemente narrati i fatti oggetto della vicenda che ci occupa, ben si può comprendere come la sentenza in commento affronti un duplice tema che ruota intorno all'**istituto del soccorso istruttorio**: quello dell'**ubi consistam** e, più in generale dell'**ambito**, della **portata** e delle **funzioni** di detto istituto alla luce anche del nuovo Codice dei contratti pubblici, e quello delle **condizioni di operatività** del medesimo.

Il primo dei citati temi è strettamente collegato al secondo poiché l'esatta individuazione dell'ambito, della portata e delle funzioni del soccorso istruttorio in qualche misura lo include, sicché giova esaminarli congiuntamente.

Preliminarmente merita rilevare che il riferimento a un **dovere di soccorso dell'amministrazione nei confronti dei soggetti privati** è stato utilizzato dalla dottrina per qualificare un istituto alla cui base si colloca l'esigenza di un'apertura verso l'esterno, ponendo la competenza e conoscenza del decisore pubblico "a disposizione" e servizio degli amministrati[1]. ?

L'essenza di un tale strumento ha costituito da tempo oggetto di precisazione attraverso il ricorso alla configurazione di un "*dovere degli uffici amministrativi di collaborare con i cittadini per il soddisfacimento degli interessi di questi nelle varie procedure amministrative, in particolare di aiutarli nel compimento degli atti*"[2].?

In una prospettiva generale di carattere definitorio è possibile riconoscere nel soccorso istruttorio uno strumento di tipo relazionale la cui attivazione consente di configurare un effettivo "*dialogo procedimentale*"[3]? tra stazione appaltante e operatori economici in merito alla documentazione presentata nell'ambito di una gara. Nello specifico, esso - anche se non vi è unanimità di vedute sul punto[4]?- si traduce in una forma di "*aiuto*" attraverso il quale la stazione appaltante pone un determinato operatore economico in condizione di poter rimediare a un errore nella produzione dei documenti di gara[5].

Si tratta, dunque, di un istituto ausiliario riconducibile a una logica operativa "rimediale"[6] che sottende un più generale principio di sanabilità delle domande erronee od incomplete[7], la cui disciplina è stata tradotta in forma minimale nella [legge n. 241/1990](#) e successivamente sviluppata in materia di evidenza pubblica. È, infatti, con particolare riguardo alla disciplina dei contratti pubblici che tale strumento ausiliario ha trovato una speciale articolazione sia per quanto riguarda la sua procedimentalizzazione sia per quel che concerne la definizione del suo effettivo "*perimetro*" di operatività[8].?

Ebbene, in materia di procedimento amministrativo, la locuzione "*soccorso istruttorio*" indica le situazioni in cui si renda necessario l'intervento suppletivo dell'autorità procedente al fine di ovviare a imprecisioni od omissioni, di carattere eminentemente documentale, imputabili ai partecipanti alla procedura.

L'ambito principale di elezione dell'istituto si ritrova attualmente nelle procedure di affidamento di contratti pubblici normate dal Codice dei contratti pubblici, che disciplina la fase *sub*-procedimentale di ausilio al concorrente che abbia commesso irregolarità formali nella predisposizione della domanda[9].?

L'applicazione dell'istituto del soccorso è invero molto più ampia e generalizzata, dal momento che seppure meno esplicitamente la [legge 7 agosto 1990, n. 241](#)[10] attribuisce al responsabile del procedimento taluni compiti istruttori che realizzano a favore del partecipante un'ipotesi di **soccorso** sovente definito "**procedimentale**", per distinguerlo dall'ipotesi **speciale** regolata con maggior dettaglio dal [Codice dei contratti pubblici](#).?

Come noto, molto si è discusso in dottrina[11] e in giurisprudenza sulla **portata** del soccorso istruttorio.

Muovendo dal dato normativo merita rammentare che nell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 era stata trasposta nei tratti essenziali la riforma intervenuta con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, che aveva introdotto l'art. 38, comma *2bis* e l'art. 4, comma *1ter* nel d.lgs. n. 163/2006.

Nel solco tracciato dall'art 38, comma *2bis* del d.lgs. n. 163/2006, l'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 aveva così introdotto l'istituto del soccorso istruttorio stabilendo che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui è presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e l'offerta tecnica la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a 10 giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione il concorrente escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

Sottesa, la *ratio* di ridurre gli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti nonché le esclusioni di concorrenti da procedure di affidamento di contratti pubblici per ragioni di natura formale e, dunque, di deflazionare il relativo contenzioso[\[12\]](#).

La disposizione sembrava aver ampliato a dismisura il potere - *rectius* il dovere - di soccorso istruttorio, attribuendogli una portata quasi onnicomprensiva sino a includervi le ipotesi di mancanza di elementi essenziali dell'offerta. Nondimeno, ben presto era emersa la necessità di interpretare la disposizione alla luce del principio di parità di trattamento, che conduceva a ritenere che la “allora” nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso potesse essere utilizzata per il recupero dei requisiti non posseduti entro il termine perentorio fissato dalla *lex specialis* di gara per la presentazione dell'offerta e della domanda[\[13\]](#).

Ebbene, non v'era dubbio che la disciplina avesse comunque esteso sensibilmente l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio rispetto a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 9 del 2014. Se infatti era stata *ivi* riconosciuta la possibilità di sollecitare l'integrazione o la rettifica di documenti purché presentati tempestivamente, la legge contemplava espressamente la possibilità di sanare le mancanze di documenti essenziali riferiti ai requisiti effettivamente posseduti al termine di presentazione delle offerte. In caso contrario, avrebbe dovuto procedersi all'esclusione del concorrente. Del pari avrebbe comportato l'esclusione un'offerta sprovvista degli elementi minimi necessari laddove, ad esempio, non consentisse l'individuazione del contenuto e del soggetto responsabile, o ambigua.

Anteriormente alle modifiche introdotte dal primo Correttivo, in relazione alle irregolarità essenziali sanabili il nuovo Codice dei contratti pubblici prevedeva il c.d. soccorso istruttorio a pagamento che consentiva all'impresa di sanare la propria domanda previo pagamento di una sanzione pecuniaria.

Il Codice De Lise, riprendendo le novità introdotte dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90 che aveva

introdotto l'art. 38, comma 2bis, distingueva fra irregolarità non sanabili, irregolarità essenziali ma sanabili e irregolarità non essenziali.

Volendo richiamarle brevemente, quanto alle carenze o irregolarità essenziali venivano in primo luogo in rilievo le c.d. irregolarità essenziali non sanabili, la cui integrazione abilitava la stazione appaltante a escludere direttamente i concorrenti. Sebbene l'art. 83 comma 9, innovando sul punto il Codice previgente, prevedesse espressamente quali irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione atte a non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, si riteneva che tale indicazione non avesse portata tassativa. Si annoverava, dunque, in tale categoria di irregolarità anche la mancanza di un'essenziale requisito di partecipazione richiesto necessariamente al termine per la presentazione delle offerte secondo l'illustrata interpretazione correttiva che tendeva a salvaguardare il principio di parità di trattamento. L'individuazione di tale tipologia di irregolarità doveva essere il risultato di un'analisi caso per caso effettuata, dapprima, dalle stazioni appaltanti, poi dal giudice amministrativo.

In secondo luogo, venivano in rilievo le c.d. irregolarità essenziali sanabili passibili di regolarizzazione con il procedimento delineato dall'art. 83, comma 9. Il Codice introduceva un modello operativo che prevedeva una sorta di condizione di procedibilità dell'esclusione. In particolare, ammetteva il concorrente a rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie entro un termine non superiore a dieci giorni e previo pagamento della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore ai 5.000 €. Laddove non si fosse dato seguito a tale procedura il concorrente sarebbe stato escluso, dal che si evinceva l'illegittimità dell'eventuale provvedimento di esclusione irrogato senza previo invito alla regolarizzazione. In particolare, si stabiliva che la stazione appaltante dovesse assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per rendere integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti tenuti a renderle. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente era escluso dalla gara^[14].

Infine, l'art. 83 comma 9 tratteggiava le c.d. irregolarità formali, ricorrenti in caso di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali. Mentre nel meccanismo introdotto dal d.l. n. 90/2014 si escludeva la necessità di provvedere a regolarizzazione, previo espresso divieto di esclusione del concorrente, con il Codice del 2016 si prevedeva l'applicazione della medesima procedura di regolarizzazione contemplata per le irregolarità essenziali e sanabili, con la sola differenza che il concorrente non doveva corrispondere alcuna somma a titolo di sanzione pecuniaria. Pertanto, in caso di omessa integrazione della documentazione mancante, il concorrente sarebbe stato escluso. La previsione non offriva indicazione alcuna per discernere le irregolarità definite essenziali da quelle inquadrabili nella categoria delle non essenziali, di tal che la valutazione era rimessa, in prima battuta, alla discrezionalità della stazione appaltante e, da ultimo, al giudice amministrativo.

Il [d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36](#), recante il Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'[art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78](#), contempla l'istituto del soccorso istruttorio nell'[art. 101](#).

Nell'ambito di tale quadro che fa da sfondo alle questioni sollevate dalla pronuncia in analisi,

la Sezione Quarta del Tar Toscana prende le mosse dall'interpretazione ermeneutica dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 resa nel tempo dalla giurisprudenza, da ultimo alla luce del Nuovo Codice dei contratti pubblici.

Ebbene, secondo la giurisprudenza consolidatesi nel corso degli anni, **è sanabile attraverso il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 la documentazione, eventualmente incompleta o omessa, a comprova dei requisiti di partecipazione posseduti dall'operatore economico, a condizione che si tratti di circostanze effettivamente preesistenti rispetto al termine fissato per la presentazione delle offerte** e che, dunque, l'irregolarità non evidenzi alcuna carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa era finalizzata.

Cambiando la prospettiva, il Tar rammenta i principi di diritto espressi di recente dal Consiglio di Stato avendo riguardo all'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, a mente del quale *"1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. 2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara. 3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. 4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".*

In particolare, con la pronuncia 21 agosto 2023, n. 7870 la Quinta Sezione ha affermato che l'istituto del soccorso istruttorio in premessa e in termini generali obbedisce per vocazione generale (cfr. [art. 6, l. n. 241/1990](#)) a una fondamentale *"direttiva antiformalistica"* che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica

si fa carico di ovviare a che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano - ove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa. In tale prospettiva, la regola - che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2bis, l. n. 241/1990) - ha visto riconosciuta e accresciuta la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Infatti, il Codice da un lato vi **dedica un'autonoma e più articolata disposizione (art. 101) e** dall'altro **ne amplifica l'ambito, la portata e le funzioni** superando altresì talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa.

Ad avviso del Consiglio di Stato si rende necessaria la distinzione tra:

a) **soccorso "integrativo o completivo"** (comma 1, lettera a) dell'art. 101, d.lgs. n. 36/2023, non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira in termini essenzialmente "*quantitativi*" al recupero di "*carenze*" della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, dunque, della documentazione inerente l'offerta sia sotto il profilo tecnico sia sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante, in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico; b) **soccorso "sanante"** (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9, d. lgs. n. 50/2016), che consente in termini "*qualitativi*" di "rimediare" a omissioni, inesattezze o irregolarità della documentazione amministrativa, con il limite dell'irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili; c) **soccorso "istruttorio" in senso stretto** (comma 3), che, recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. *procedimentale*, abilita la stazione appaltante o l'ente concedente a sollecitare "*chiarimenti*" o "*spiegazioni*" sui "*contenuti*" dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, fermo in ogni caso il divieto strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio* di apportarvi qualunque modifica; d) **soccorso "correttivo"** (comma 4), che a differenza delle altre ipotesi - rispetto alle quali si atteggia a fattispecie di nuovo conio, siccome tale insuscettibile almeno in principio di applicazione retroattiva - prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto. Abilita invero direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale dell'immodificabilità contenutistica.

Sotto un profilo operativo, il soccorso procede - con l'evidenziata e non rilevante peculiarità del soccorso correttivo, oggi riconosciuto *ex lege* - da una doverosa assegnazione di un termine ora positivamente prefigurato in misura non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni, entro il quale l'operatore economico può integrare o sanare, a pena di esclusione (cfr. il comma 4 dell'art. 101) la documentazione amministrativa ovvero - ma in tal caso, senza automatismi espulsivi - chiarire e illustrare, nei termini e nei limiti della specifica richiesta, il

tenore della propria offerta.

La disposizione ha cura di precisare, offrendo in tal modo espressa soluzione positiva a ipotesi già oggetto di controversa interpretazione, che **sono soccorribili**: a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale. Il tutto, purché documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte, così confermando che si deve trattare di un'omissione meramente formale e non di una originaria carenza sostanziale.

Ebbene, secondo il Consiglio di Stato, appare evidente il **programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso**, fino al segno di marcare un possibile conflitto con il canone di autoreponsabilità^[15], che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravii imposti dalla rimessione in termini, per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, una forma di immeritevole "abuso".

In definitiva, tornando al Codice previgente, secondo il Consiglio di Stato **occorre dilatare al massimo la portata del soccorso istruttorio** in certo modo **filtrando** - con una non abusiva operazione esegetica, ben fondata su un ragionevole canone di ordine teleologico - **l'interpretazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 con la più ariosa prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, assecondando una direttiva esegetica tendenzialmente non restrittiva** e tenendo conto del programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso di cui si è poc'anzi detto. Anche nell'esegesi delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50/2016 **deve dunque tenersi per ferma la non soccorribilità sia in funzione integrativa sia in funzione sanante degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta tecnica o economica**. Il che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, **ampiamente sanabili le carenze per omissione e/o per irregolarità della documentazione c.d. amministrativa**^[16]. Detto altrimenti, **si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla allegazione dei "requisiti di ordine generale"** in quanto "soggettivamente" riferite all'operatore economico siccome tale, non quelle inerenti ai "requisiti di ordine speciale" perché atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara^[17].

Si rammenta a tale riguardo che, secondo il Consiglio di Stato, nelle gare pubbliche il rimedio il soccorso istruttorio ha **la finalità** di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti^[18]. Inoltre, la stazione appaltante, per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, può attivare il **soccorso procedimentale** e acquisire chiarimenti da

parte del concorrente che non assumono carattere integrativo dell'offerta, ma sono finalizzati unicamente a consentire l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità[19].

Rammentati gli approdi ermeneutici cui la giurisprudenza è pervenuta *in subiecta materia*, il Tar Firenze conclude che ben può dirsi che nel caso di specie **la stazione appaltante ha fatto corretta applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 36/2023**. E a tale conclusione perviene muovendo dal considerare il disciplinare di gara e dai **requisiti speciali di partecipazione ivi previsti**.

Condividendo la posizione della ricorrente, il Tar considera **la documentazione di gara non del tutto univoca riscontrandovi oggettive incongruenze e dati contraddittori**. Invero, l'art. 24 del Disciplinare (Modalità di presentazione delle offerte) nella indicazione della documentazione amministrativa da allegare (punto A.2) stabiliva che nel DGUE alla dichiarazione di possesso dei requisiti di partecipazione avrebbe dovuto essere allegato un *"elenco dei principali servizi prestati nel triennio A.S. 2019/2020/2021, in cui dovranno essere indicati i relativi contratti suddivisi per ciascun anno, con l'indicazione dei rispettivi importi, luoghi di esecuzione, data di inizio ed eventuale data di ultimazione ed i nominativi dei committenti, pubblici o privati degli stessi e n. pasti erogati"*. Inoltre, l'art. 10 del Bando di gara, tra i requisiti di capacità tecnica professionale, il requisito della gestione di un servizio di refezione scolastica faceva riferimento agli ultimi tre anni scolastici (2020-2021-2022) senza alcuna ulteriore specificazione. Il che poteva indurre a ritenere erroneamente che gli anni scolastici rilevanti fossero quelli 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022, stante la mancata coincidenza tra anno solare e anno scolastico.

Così, la cooperativa aggiudicataria in sede di DGUE aveva dichiarato per errore, nell'elenco recante il fatturato specifico e i servizi resi, le annualità 2019-2020-2021 omettendo quella del 2022. E soltanto al momento della verifica dei requisiti aveva prodotto l'elenco dei servizi prestati con integrazione dell'annualità 2022.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, il Tar afferma che **la cooperativa ricorrente possedeva tutti i requisiti richiesti dal disciplinare di gara sin dal momento della presentazione della domanda**, sicché **la successiva integrazione** di talune dichiarazioni contenute nel DGUE **mirava esclusivamente ad attestare circostanze preesistenti**. Il tutto, in conformità alla *ratio* e all'interpretazione consolidata delle previsioni normative che regolano l'istituto del soccorso istruttorio e senza compromissione del principio della *par condicio*.

In conclusione, non poteva dunque che confermarsi l'aggiudicazione alla cooperativa risultata vincitrice della procedura di evidenza pubblica.

[1] La dottrina in merito a tale istituto ha sviluppato varie chiavi di lettura sulla base di una riflessione che, muovendo dalla disciplina generale dell'azione amministrativa, si è soffermata sulla sua applicazione nella materia dei contratti pubblici. Tra i numerosi contributi si possono richiamare in questa sede, tra i più risalenti, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 287 ss., cui è riconducibile l'espressione richiamata nel testo e per una prima definizione della nozione di soccorso da intendersi nei termini di uno "sviluppo" ed "ampliamento" dei doveri di informazione dell'amministrazione pubblica; nonché F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, spec. 384 ss.; e, più recentemente, P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, spec. 151 ss., sulla dimensione procedimentale del soccorso istruttorio quale istituto finalizzato a una corretta predisposizione degli atti di iniziativa privata; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 531 ss., cui si rinvia anche per l'individuazione di un principio di sanabilità delle istanze private; M. Occhiena, H. Garuzzo, *Documenti e informazioni complementari*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 1593 ss.; C.E. Gallo, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id., (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 1 ss.; N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, 391 ss.; S. Tarullo, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, *ivi*, 299 ss.; nonché da ultimi F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, spec. 89 ss.; E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, passim; M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio procedimentale*, in *Dir. amm.*, 2017, 573 ss..

[2] Così F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 384-385.

[3] Riprendendo un'espressione di M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, spec. 238, e, analogamente, S. Tarullo, *Il divieto di aggravamento del procedimento*

*amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa, in Dir. amm., 2008, 437 ss., sulla funzione del responsabile del procedimento quale figura “di raccordo” tra i “due poli del dialogo procedimentale”. Più specificamente, per un inquadramento del soccorso istruttorio in chiave dialogica si rinvia a F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell’evidenza pubblica*, cit., spec. 89-90, ove viene fatto espresso riferimento alla “matrice collaborativa che ispira” l’istituto in questione, anche alla luce del fatto che la sua introduzione nel Codice dei contratti pubblici “ha rappresentato un tassello importante nel tentativo di costruire un nuovo modello di selezione dei contraenti non più fondato sull’assenza di comunicazione tra i protagonisti della procedura di gara”.*

[4] In dottrina N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, cit., 391 ss. si è soffermato sulla questione concernente la correttezza dell’espressione “soccorso” criticando l’idea di un dovere di aiuto rivolto “verso il concorrente inadempiente” dal momento che “risulterebbe esercitato in danno dei concorrenti in regola con la produzione documentale”. In base a tale ricostruzione, appare più corretto parlare di un “dovere verso la stessa amministrazione che indice la gara”.

[5] Una definizione che consente di porre in evidenza i caratteri essenziali di tale strumento è rinvenibile anche sul versante giurisprudenziale: in tale ottica si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 agosto 2017, n. 3913, laddove il giudice amministrativo ha riconosciuto che il soccorso istruttorio costituisce espressione di un “potere di ordine generale” che opera “alla stregua di regola procedimentale in forza della quale la pubblica amministrazione, prima di provvedere all’esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare o regolarizzare le proprie dichiarazioni”.

[6] Richiamando un’espressione, sia pure utilizzata con riguardo al diverso contesto del diritto amministrativo dell’ambiente, di G.D. Comporti, *Il danno ambientale e l’operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013, 117 ss..

[7] Per una definizione di questo principio G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in

Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, cit., spec. 606 ss..

[8] L'ambito di applicazione del soccorso istruttorio è stato infatti delineato inizialmente per effetto della giurisprudenza amministrativa e, successivamente e da ultimo, ad opera dello stesso legislatore. Sulla procedimentalizzazione dello strumento *de quo* si rinvia a S. Foà, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 1147 ss.; P. Cerbo, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, *ivi*, 1288 ss..

[9] Per un'ampia ricostruzione dei profili normativi e dell'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto nella disciplina speciale, v. F. Aperio Bella, S. Caldarelli, E.M. Santoro, S. Tranquilli, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 1468 e ss. Cfr. S. Vaccari, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principî e interessi protetti*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1° marzo 2023, 183.

[10] Il riferimento è alla disciplina minimale dell'istituto del soccorso istruttorio contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990, nella parte in cui si afferma che il responsabile del procedimento "può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete", con una formulazione letterale che ha creato non pochi dubbi in capo all'interprete? (Sul punto N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, cit., 391 ss., che si riferisce all'inesistenza di qualsivoglia accenno a un dovere; analogamente, inquadrando il problema in materia di contratti pubblici, F. Lacava, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, spec. 395 ss.; I. Filippetti, *Par condicio e favor participationis nell'interpretazione degli atti di gara*, in *Urb. e app.*, 2009, 821 ss., la quale si riferisce a una "facoltà" di invito rientrante nei poteri discrezionali della stazione appaltante), tanto in relazione all'*an* dell'attivazione del soccorso istruttorio procedimentale, quanto con riguardo all'assenza di qualsivoglia indicazione legislativa in merito alla disciplina procedurale dello stesso.

[11] La dottrina in merito a tale istituto ha sviluppato varie chiavi di lettura sulla base di una riflessione che, muovendo dalla disciplina generale dell'azione amministrativa, si è soffermata sulla sua applicazione nella materia dei contratti pubblici. Tra i numerosi contributi si possono richiamare in questa sede, tra i più risalenti, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 287 ss., cui è riconducibile l'espressione richiamata nel testo e per una prima definizione della nozione di soccorso da intendersi nei termini di uno "sviluppo" ed "ampliamento" dei doveri di informazione dell'amministrazione pubblica; nonché F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, spec. 384 ss.; e, più recentemente, P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, spec. 151 ss., sulla dimensione procedimentale del soccorso istruttorio quale istituto finalizzato a una corretta predisposizione degli atti di iniziativa privata; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 531 ss., cui si rinvia anche per l'individuazione di un principio di sanabilità delle istanze private; M. Occhiena, H. Garuzzo, *Documenti e informazioni complementari*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 1593 ss.; C.E. Gallo, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id., (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 1 ss.; N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, 391 ss.; S. Tarullo, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, *ivi*, 299 ss.; nonché da ultimi F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, spec. 89 ss.; E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016; M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio procedimentale*, in *Dir. amm.*, 2017, 573 ss..

[12] TAR Roma, (Lazio) sez. III, 17 novembre 2022, n. 15232.

[13] Così la determinazione Anac n. 1 dell'8 gennaio 2015.

[14] Consiglio di Stato, Sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386 ha annoverato tra le irregolarità essenziali sanabili anche il tardivo pagamento del contributo all'Anac, atteso che ove non richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, costituisce un adempimento non inerente all'offerta economica e all'offerta tecnica. Il Consiglio di Stato si è basato su una precedente pronuncia della Corte di Giustizia (2 giugno 2016, C-27/15 che, in un caso analogo, ha affermato che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità

ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento l'operatore economico che non abbia tempestivamente adempiuto al pagamento del contributo Anac nei casi in cui tale adempimento non sia espressamente indicato dagli atti di gara.

[15] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 531.

[16] In termini, Tar Roma, (Lazio) Sez. III, 10 ottobre 2023, n. 14992; Consiglio di Stato sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870.

[17] Consiglio di Stato sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870.

[18] Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2023, n. 1897; Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 324. In termini: [Consiglio di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290](#); [Sez. VII, 22 luglio 2022, n. 6446](#); [Sez. V, Sentenza n. 804 del 27/01/2021](#).

[19] Consiglio di Stato, Sez. V, 8 febbraio 2024, n. 1307.