



# DELIBERA N. 573

del 10 dicembre 2024

## Oggetto

Istanza di parere ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 – OE istante: [OMISSIS] – SA: AZIENDA TRASPORTI MESSINA S.P.A. - Procedura di gara aperta per l'affidamento della fornitura e posa in opera di serramenti in alluminio da collocarsi presso il deposito tranviario di ATM S.p.A., compresa la rimozione dei serramenti esistenti, il loro trasferimento alle pubbliche discariche - CIG: B2393E75D0 - Importo a base di gara: 818.957,14 euro

**UPREC-PRE-0339-2024-F-PREC**

## Riferimenti normativi

*Art. 101, d.lgs. 36/2023*

## Parole chiave

**Offerta economica - Soccorso istruttorio – Tipologie – Inammissibilità - Principio di autoresponsabilità dei concorrenti**

## Massima

**Appalto pubblico – In generale – Soccorso istruttorio – Tipologie**

*Il nuovo Codice dei contratti pubblici amplia l'ambito, la portata e le funzioni del soccorso istruttorio, superando altresì talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa. Tale impianto normativo di cui all'articolo 101 identifica quattro tipologie di soccorso istruttorio: 1. il cd. soccorso istruttorio integrativo o completo, di cui all'articolo 101, comma 1, lett. a), volto a colmare carenze della documentazione necessaria; 2. il cd. soccorso sanante, di cui all'articolo 101, comma 1, lett. b), volto a rimediare a omissione, inesattezze o irregolarità della documentazione; 3. il cd. soccorso procedimentale, di cui all'articolo 101, comma 3, consistente nella richiesta di chiarimenti rispetto a documenti o contenuti dell'offerta già completa; 4. il cd. soccorso correttivo, di cui all'articolo 101, comma 4, funzionale a rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta.*

**Appalto pubblico – Forniture– Scelta del contraente – Offerta economica – Soccorso istruttorio – Inammissibilità – Principio di autoresponsabilità dei concorrenti**

*La carenza nell'offerta economica e/o nell'offerta tecnica di uno specifico allegato richiesto a pena di esclusione non può essere in alcun modo sanata attraverso il soccorso istruttorio, costituendo una carenza essenziale dell'offerta, la cui integrazione postuma si pone in contrasto con il principio della par condicio competitorum. In ogni caso, il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione e la responsabilità della mancata trasmissione di un elemento dell'offerta ricade sull'operatore economico. La necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente, pertanto, di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini.*



nell'adunanza del 10 dicembre 2024

## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita con prot. n. 125394 del 28.10.2024 presentata da [OMISSIS ]e relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

**CONSIDERATO** che l'istante, che aveva partecipato alla procedura in [ OMISSIS ](mandataria) - [ OMISSIS ] (mandante)- [ OMISSIS ](mandante), censurava la legittimità del provvedimento di esclusione, comunicato il 17.10.2024 ed adottato nei propri confronti, sostenendo che *«nonostante abbia correttamente presentato la propria offerta economica con ribasso percentuale, indicazione dei costi di manodopera ed indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, è stato escluso per non aver prodotto in sede di presentazione dell'offerta, un secondo modulo con il computo dettagliato dal quale scaturisce il costo della manodopera già indicato nell'offerta economica presentata»*. Chiedeva pertanto un parere in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione ed alla possibile esperibilità del soccorso istruttorio;

**VISTA** la *lex specialis* e, in particolare, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo;

**VISTA** la *lex specialis* che prevedeva all'articolo 15 – "Offerta economica": *«L'offerta economica deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi:*

- a) l'offerta economica - redatta in lingua italiana - contenente precisa indicazione del "Ribasso percentuale unico" offerto sull'importo a base di gara, espresso sia in cifre che in lettere. L'offerta economica dovrà essere redatta sia utilizzando il form previsto nella Piattaforma che utilizzando il "Mod. OE - Offerta Economica" predisposto dalla Stazione appaltante, al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze; Verranno prese in considerazione fino a 3 (tre) cifre decimali;*
- b) la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro;*
- c) la stima dei costi della manodopera.*

*Ai sensi dell'articolo 41 comma 14 del Codice i costi della manodopera indicati al punto 4 del presente disciplinare non sono ribassabili. Resta la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera [...];»*

**VISTO** l'articolo 13 della *lex specialis* – "Soccorso istruttorio", che prevedeva: *«Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101 del Codice, possono essere sanate le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto 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, le inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. [...] La Stazione appaltante può sempre chiedere 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 di 05 (cinque) giorni]. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta»;*

**VISTI** i verbali di gara e, in particolare, il verbale n. 4 del 16.10.2024, da cui risultava che *«l'operatore economico [OMISSIS ] ha prodotto due volte il medesimo documento (offerta Economica generata in automatico dal sistema), non allegando il file predisposto dalla Stazione appaltante Modello OE – offerta economica, nel quale veniva dettagliata, in singole voci, le caratteristiche dell'offerta economica.*



*Pertanto, ai sensi dell'articolo 15 del disciplinare di gara, il RUP procede ad escludere l'operatore economico [ OMISSIS ] dalla procedura di gara, non potendo attivare il soccorso istruttorio in merito al contenuto dell'offerta economica», e la relativa comunicazione di esclusione del 17.10.2024;*

**VISTE**, tra la documentazione in atti, sia l'offerta presentata dall'odierno istante generata dal sistema, sia il modulo di offerta economica predisposto dalla Stazione appaltante riportante le seguenti informazioni: *«[l'operatore] offre il ribasso unico del \_\_\_% (diconsi \_\_\_%) da applicarsi sull'importo a base di gara per la fornitura e posa in opera di serramenti in alluminio da collocarsi presso il deposito tranviario di atm spa, compresa la rimozione dei serramenti esistenti, il loro trasferimento alle pubbliche discariche, come specificato nel Capitolato Speciale d'Appalto»,* nonché le seguenti dichiarazioni: *«[l'operatore] dichiara:*

- *che i costi di sicurezza aziendali di cui all'art. 26, comma 3, quinto periodo del D.lgs. 81/2008 e art. 108 comma 9 del Codice, sono pari ad € \_\_\_;*
- *che il proprio costo del lavoro è pari ad € \_\_\_\_\_. Nel calcolo si è rispettato quanto previsto all'articolo 110, comma 5, lettera d) del Codice - (il costo del personale non inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16);*
- *che al fine di eseguire le valutazioni circa il rispetto di quanto previsto all'art. 110, comma 5, lettera d), Codice, la tabella sotto riportata indica gli elementi di costo della manodopera preventivati [...] del costo del lavoro e della sicurezza, e, in particolar modo, si è tenuto conto degli obblighi posti a carico dei datori di lavoro dalle vigenti norme in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro e di rispetto delle condizioni di lavoro, prescritti dalle specifiche norme di settore»*
- *e le dichiarazioni relative alle eventuali modifiche o migliorie apportate, all'impegno a mantenere valida e vincolante l'offerta per 180 giorni e alle informative di cui alla normativa del d.lgs. n. 196/2003;*

**VISTA** la richiesta di riammissione presentata dall'odierno istante in data 18.10.2024 e il riscontro con cui la Stazione appaltante esplicitava che lo stesso era stato escluso: *«poiché ha prodotto due volte il medesimo documento (offerta Economica generata in automatico dal sistema), non allegando il file predisposto dalla Stazione appaltante Modello OE – offerta economica, nel quale viene dettagliata, in singole voci, le caratteristiche dell'offerta economica. Pertanto, ai sensi dell'art. 15 del disciplinare di gara, si è proceduto alla esclusione dalla procedura di gara, non potendo attivarsi il soccorso istruttorio, in merito al contenuto dell'offerta economica così come previsto dall'art 101 c. 1 lett. b D.Lgs. 36/2023»;*

**VISTO** l'avvio del procedimento comunicato in data 07.11.2024, con nota prot. n.130271;

**VISTA** la documentazione di gara e le memorie delle parti;

**VISTA**, in particolare, la memoria della Stazione appaltante, depositata con nota prot. n. 131492 dell'11.11.2024 con la quale, a sostegno della correttezza del proprio operato, la stessa rappresentava che la disciplina di gara all'articolo 15 prevedeva, a pena di esclusione, che l'offerta economica dovesse essere costituita da due documenti, il form previsto in Piattaforma e il "Mod. OE – Offerta economica" dalla stessa predisposta, necessari entrambi per una valutazione congiunta e complessiva dell'offerta. Poiché l'odierno istante non aveva allegato il modulo predisposto dall'Amministrazione era stato escluso *«non potendo attivare il soccorso istruttorio in merito al contenuto dell'offerta economica»*. Al riguardo, la Stazione appaltante evidenziava altresì che ai sensi dell'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023: *«non è possibile consentire l'integrazione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica»,* sottolineando inoltre che, ai sensi del comma 3, dell'articolo 101, *«La Stazione Appaltante può, quindi, tramite il soccorso istruttorio, chiedere all'operatore economico esclusivamente chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica ed economica e sui relativi allegati, e pertanto su documentazione facente parte dell'offerta tecnica ed economica presentata in sede di gara; nella fattispecie la Concordia Appalti non ha allegato parte della documentazione relativa all'offerta economica, tra l'altro richiesta a*



*pena di esclusione, e pertanto la S.A. non poteva chiedere, tramite il soccorso istruttorio, chiarimenti su una documentazione mancante. Tra l'altro, l'omessa documentazione non consentirebbe di porre in essere le eventuali verifiche in sede di anomalia dell'offerta, poiché si configurerebbe una ipotesi di integrazione documentale sull'offerta economica circa la specifica di dettaglio degli elementi di costo della manodopera di cui alla tabella prevista nel modello OE, predisposto dalla Stazione appaltante e non compilato dall'operatore economico». Infine, la stessa rappresentava che: «gli elementi contenuti nel "Mod. OE – Offerta Economica" predisposto dalla Stazione appaltante erano differenti da quelli che l'operatore aveva indicato utilizzando il form previsto nella Piattaforma e, conseguentemente, i dati contenuti nel Mod. OE (in particolare il computo dettagliato del costo della manodopera) non sono stati indicati nell'offerta economica»;*

**VISTA** l'ulteriore memoria difensiva depositata dall'istante con nota prot. n. 132130 del 12.11.2024;

**VISTO** il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del d.lgs. n. 36/2023, adottato con delibera n. 267 del 20.06.2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 9, del citato Regolamento;

**CONSIDERATO** che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un'offerta economica non formulata secondo le indicazioni della *lex specialis* e per la quale non è stato consentito il soccorso istruttorio;

**VISTO** il contenuto dispositivo dell'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023;

**VISTO** quanto sancito dalla Relazione illustrativa al Codice che, relativamente a tale disposizione, chiarisce: «L'articolo 101 disciplina il c.d. soccorso istruttorio, riprendendo la disciplina vigente in aderenza con le indicazioni della direttiva con alcune novità dirette a semplificare e chiarire profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative: oltre alla logica semplificatoria, la disposizione tende ad evitare nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della *par condicio*, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara. Chiave interpretativa della norma è pertanto la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della *par condicio*. Nel comma 1 si riconosce l'obbligo della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, sia per integrare la documentazione trasmessa, sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità; è stata eliminata la distinzione - foriera di dubbi - tra irregolarità essenziali e non essenziali. In adesione alle indicazioni della Corte di Giustizia si specifica che il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta. Quale unico limite al soccorso istruttorio è stato indicato l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta. Nel comma 2 si specifica che in caso di mancato adempimento alle richieste della stazione appaltante, l'operatore è escluso dalla procedura di gara: si tratta di una sanzione che non è legata all'inadempimento, quanto alla inidoneità dell'offerta presentata. Nel comma 3 - anche in questo caso recependo indicazioni provenienti dalla giurisprudenza euro-unitaria - si prevede che la stazione appaltante possa sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta, a condizione che i chiarimenti non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica. Il comma 4 costituisce una rilevante novità: per la prima volta si prevede la possibilità per l'operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire - questa è l'altro elemento di novità - anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta. Tendenzialmente la possibilità dell'operatore



economico di emendare l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b). Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta»;

**RILEVATO** che tale impianto normativo si pone in linea con quello previgente di cui all'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016, che distingueva tra soccorso istruttorio e soccorso procedimentale;

**CONSIDERATO** il consolidato orientamento interpretativo dell'Autorità, formatosi già in vigore del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui il soccorso istruttorio di cui all'articolo 83 deve essere utilizzato per sanare l'omessa o incompleta presentazione di dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione nonché ogni altra incompletezza della domanda, ad esclusione di quelle relative all'offerta tecnica ed economica. Per tali ragioni, il soccorso istruttorio non può, invece, essere utilizzato per integrare la formulazione dell'offerta in quanto tale circostanza determinerebbe un'integrazione dell'offerta non consentita dal vigente quadro normativo (cfr. in tal senso, ANAC, delibere n. 509 del 08.11.2023; n. 370 del 26.07.2023, n. 229 del 24 maggio 2023; n. 303 del 24.06.2024);

**RILEVATO** che anche la giurisprudenza amministrativa in vigore del d.lgs. n. 50/2016, (cfr. da ultimo, Consiglio di Stat, sez. III, sentenza del 10.11.2023 n. 1482) ha ritenuto che «nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell'offerta è esclusa la possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio, in forza della chiara previsione dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 che non ne prevede il ricorso nelle ipotesi di irregolarità e incompletezza dell'offerta economica, oltre che per sanare le carenze degli elementi sostanziali della medesima (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 08.11.2022, n. 9789; Sez. III, 21.03.2022, n. 2003). Il rimedio del soccorso istruttorio è volto sì a dare rilievo ai principi del *favor participationis* e della semplificazione, all'interno, però, di limiti rigorosamente determinati, come quello discendente dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (Consiglio di Stato, sez. III, 28.07.2020, n. 4795). Ogni diversa soluzione, infatti, si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio delle pubbliche gare che impone di garantire la parità di trattamento e la non discriminazione ("*par condicio*"), fra tutti i partecipanti». La stessa giurisprudenza – ritenendo peraltro il soccorso istruttorio un principio immanente nell'ordinamento e pertanto suscettibile di eterointegrare la *lex specialis* - sottolineando la distinzione tra soccorso istruttorio e soccorso procedimentale, evidenziava altresì che quest'ultimo consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, fermo restando il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 09.01.2023 n. 290; sez. III, 02.02.2021, n. 1225; sez. V, 27.01.2020, n. 680): un'interpretazione, questa, che si pone in linea con la giurisprudenza eurolunitaria (cfr. CGUE, sentenza 10.05.2017, nella causa C-131/16 Archus) la quale, con riferimento all'esperibilità del soccorso istruttorio in caso di carenza dell'offerta tecnica, ha ritenuto che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 09.01.2023 n. 290; ANAC, delibere n. 509 del 08.11.2023; n. 370 del 26.07.2023, n. 229 del 24.05.2023; n. 303 del 24.06.2024);



**RILEVATO**, pertanto, che il nuovo impianto normativo di cui all'articolo 101 con riferimento al soccorso istruttorio identifica quattro tipologie di soccorso istruttorio: 1. il cd. soccorso istruttorio integrativo o completo, di cui all'articolo 101, comma 1, lett. a), volto a colmare carenze della documentazione necessaria; 2. il cd. soccorso sanante, di cui all'art. 101, comma 1, lett. b), volto a rimediare a omissione, inesattezze o irregolarità della documentazione; 3. il cd. soccorso procedimentale, di cui all'art. 101, comma 3, consistente nella richiesta di chiarimenti rispetto a documenti o contenuti dell'offerta già completa; 4. Il cd. soccorso correttivo, di cui all'articolo 101, comma 4, funzionale a rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta (cfr. ANAC, delibera n. 360 del 17.07.2024);

**RILEVATO** che, sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023 n. 7870) che «l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. articolo 6, legge n. 241/1990), 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 legge n. 241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale, per un verso, vi dedica [...] una autonoma e più articolata disposizione (articolo 101) e, per altro verso, ne amplifica l'ambito, la portata e le funzioni, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa. Quand'anche si intenda dilatarne al massimo la portata (in certo modo filtrando – con non abusiva operazione esegetica, ben fondata su un ragionevole canone di ordine teleologico – l'interpretazione dell'articolo 83, comma 9 del d. lgs. n. 50/2016 con la più ariosa prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023), si dovrà, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra:

**a) soccorso integrativo o completo** (art. 101, comma 1, lettera a), come l'articolo 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, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che 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** (articolo 101, comma 1 lettera b), come l'articolo 83, comma 9), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa, con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili;

**c) soccorso istruttorio in senso stretto** (articolo 101, comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso cd. procedimentale – abilita la Stazione appaltante 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, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

**d) soccorso correttivo** (articolo 101, comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della Stazione appaltante (sicché non si



tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando 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 della immodificabilità contenutistica. Sotto un profilo operativo, il soccorso procede (con la evidenziata e non rilevante peculiarità del soccorso correttivo, che è oggi riconosciuto *ex lege*) da una (doverosa, trattandosi al solito di potere-dovere) 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'articolo 101) la documentazione amministrativa ovvero (ma in tal caso, è il caso di aggiungere, senza automatismi espulsivi) chiarire ed illustrare, nei termini (e nei limiti) della specifica richiesta, il tenore della propria offerta. La norma si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi già oggetto di controverso intendimento) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte: il che conferma che si deve trattare di una omissione meramente formale e non di una originaria carenza sostanziale): 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. [...] Tutto ciò, [...] 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. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara)» cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023 n. 7870);

**RILEVATO** che, come nel previgente sistema, per le carenze dell'offerta, non è dunque percorribile il cd. soccorso integrativo né il cd. soccorso sanante; è ammesso, invece, il soccorso cd. procedimentale sull'offerta economica, concernente in chiarimenti rispetto ad elementi dell'offerta già completa, nonché il cd. soccorso correttivo, finalizzato a rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta prima dell'apertura delle buste (cfr. ANAC, delibera n. 360 del 17.07.2024; n. 60 del 7 febbraio 2024);

**RISCONTRATO** altresì che, alla luce dei richiamati orientamenti ermeneutici, anche in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, è stato chiarito che «il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (ex multis, Consiglio di Stato, III, 28.11.2018, n. 6752; III, 0401.2019, n. 96; sez. V, 22.11.2019, n. 7975). In altri termini, il soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso". In questo caso, evidentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un vulnus del principio di parità di trattamento» (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23.11.2022 n. 10325; ANAC, delibera n. 370 del 26.07.2023; n. 508 del 08.11.2023; n. 60 del 07.02.2024; n. 303 del 24.06.2024; n. 360 del 17.07.2024);



**CONSIDERATO** inoltre che l'Autorità ha più volte ribadito il principio dell'equa ripartizione tra la Stazione appaltante e il concorrente del rischio tecnologico, che connota il funzionamento dei sistemi operativi utilizzati per il caricamento e la trasmissione dei dati sulla piattaforma informatica. Tale principio, espresso da ultimo nella delibera n. 370 del 26.07.2023, comporta che ricadono sulla Stazione appaltante i rischi collegati al malfunzionamento o all'inadeguatezza del sistema informatico utilizzato, mentre ricadono sul concorrente tutti gli altri rischi che attengono alla tempestività ed alla completezza della trasmissione, inclusi quelli dovuti a temporanei sovraccarichi della rete, i quali possono essere neutralizzati o abbattuti con il rispetto delle regole di ordinaria diligenza e perizia (TAR Lombardia, Sez. I, 20.03.2023, n. 704). Ulteriore principio tipico delle gare telematiche sta in ciò che l'offerta deve essere tempestivamente ed integralmente caricata sulla piattaforma informatica, a prescindere dalla natura - essenziale od accessoria - della documentazione non caricata (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 17.01.2023, n. 574). Infatti, «nelle gare pubbliche gestite in forma telematica è necessario adempiere con scrupolo e diligenza alle previsioni del bando e alle norme tecniche - in sede di utilizzazione delle forme digitali - mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, sì che l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità» (TAR Lazio, 17.02.2022, n. 1932). È stato quindi rilevato che «a fronte della possibilità per le imprese di avvalersi di sistemi informatici, sussiste l'esigibilità, per dette imprese, d'una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara» (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3329/2014; ANAC delibera n. 370 del 26.07.2023; n. 235 del 30.05.2023; n. 322 del 21.04.2021);

**RITENUTO** che, nel caso di specie, la carenza documentale riscontrata della mancata allegazione del modello di offerta economica predisposto dalla Stazione appaltante non consenta l'attivazione del soccorso istruttorio cd. integrativo, di cui all'articolo 101, comma 1, lettera a), non applicabile alle carenze dell'offerta: sotto tale profilo, l'offerta presentata dal concorrente appare incompleta rispetto alle prescrizioni della *lex specialis* e non suscettibile di essere integrata in elementi essenziali della stessa. Ciò in attuazione anche del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti;

**RITENUTO** che, nel caso di specie, la carenza documentale in cui è incorso il concorrente istante non consenta altresì l'attivazione del soccorso istruttorio c.d. sanante, di cui all'articolo 101, comma 1, lettera b), non applicabile alle carenze dell'offerta al fine di rimediare ad omissioni, inesattezze e irregolarità della stessa;

**RITENUTO** che, nel caso di specie, la mancata allegazione del modulo di offerta predisposto dalla Stazione appaltante e richiesto a pena di esclusione non consenta neppure l'attivazione del soccorso istruttorio c.d. procedimentale, volto a ottenere chiarimenti rispetto a documenti o contenuti dell'offerta già completa, in quanto l'offerta presentata dal concorrente appare incompleta ed il soccorso istruttorio non potrebbe ovviare alla mancanza di un documento richiesto dalle prescrizioni della *lex specialis*;

**RITENUTO** che, nel caso di specie, non sia attivabile neanche il soccorso istruttorio cd. correttivo, volto a correggere un errore materiale dell'offerta, in quanto esso presuppone un errore materiale in cui è incorso l'operatore nella elaborazione dell'offerta (ad esempio, una incongruenza tra dati contenuti nella medesima offerta), di cui l'operatore si avvede spontaneamente prima dell'apertura dell'offerta da richiedere alle condizioni esplicitate dalla Relazione illustrava al Codice. Diversamente opinando, si consentirebbe all'operatore di utilizzare strumentalmente per produrre, oltre i termini delle offerte, documenti o allegati dell'offerta necessari ai fini della valutazione della stessa;

**CONSIDERATO** che, in ossequio al principio di autoresponsabilità, all'impresa che partecipa ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara; ciò comporta che si deve considerare naturale per gli operatori professionali la



loro capacità di comprendere non solo il contenuto della *lex specialis*, ma anche quello delle norme in tema di contratti pubblici e di tutti gli eventuali interventi interpretativi delle stesse operati dalle Amministrazioni competenti e dalla giurisprudenza amministrativa;

**RITENUTO** che, nel caso di specie, in ragione del principio di autoresponsabilità sopra richiamato, appaiono non fondate le argomentazioni sostenute dall'istante in merito alla omogeneità delle informazioni presenti nei due moduli, non solo per la scelta discrezionale effettuata dalla Stazione appaltante di ritenere essenziali gli elementi contenuti nel modulo ai fini di una valutazione congiunta e complessiva dell'offerta, ma anche in ragione del fatto che dei ventisette operatori economici ammessi alla fase di apertura delle buste, tutti, ad eccezione dell'odierno istante, hanno allegato la modulistica richiesta dalla *lex specialis*: pertanto, se si fosse trattata di una condizione di induzione in errore degli operatori economici da parte della Stazione appaltante, ciò avrebbe determinato una maggiore percentuale di casistiche erronee analoghe;

**RITENUTO** che, nel caso di specie, per tutte le motivazioni e le argomentazioni che precedono e limitatamente ai profili di merito oggetto di trattazione, la circostanza della mancata allegazione del modulo dell'offerta predisposto dalla Stazione appaltante da parte del concorrente non consente l'esperibilità del soccorso istruttorio;

**RITENTUTO**, pertanto, che il provvedimento di esclusione, adottato in ragione della mancata produzione di un elemento dell'offerta economica ritenuto essenziale e a pena di esclusione dalla Stazione appaltante, è conforme ai principi generali dell'ordinamento in materia di contratti pubblici e all'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alla disciplina e ai principi in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 dicembre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente