

Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle ‘magnifiche sorti e progressive’ di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato

Diana-Urania Galetta, Stefano D’Ancona, Paolo Provenzano ¹

Il presente contributo si propone di delineare il profilo dell’istituto del soccorso istruttorio nella normativa e giurisprudenza più recenti. Partendo dagli elementi che connotano l’istituto in generale, l’analisi si occuperà in particolare di analizzare gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla sua applicazione nel contesto dell’azione amministrativa digitalizzata. La proposta avanzata dagli Autori è che l’istituto possa diventare da una parte mezzo essenziale per il superamento dei problemi tecnologici e di digital divide tra cittadino e amministrazione, dall’altra strumento di attuazione dei principi di semplificazione contribuendo a ridurre gli oneri a carico dei privati che partecipano al procedimento amministrativo.

[Preliminary assistance in administrative procedure and digitalized Public Administration: on the 'magnificent and progressive' fate of a tool with great potential, but still largely underused] This contribution proposes to outline the profile of the institute of preliminary assistance in the most recent legislation and case law. Starting from the elements that characterize the institute in general, the analysis will deal in particular with the jurisprudential orientations related to its application in the context of the digitized administrative action. The proposal put forward by the authors is that the institute can become, on the one hand, an essential means of overcoming technological problems and the digital divide between the citizen and the administration, and, on the other, a tool for implementing the principles of simplification by helping to reduce the burdens on private individuals who participate in the administrative process.

1. Sull’istituto del soccorso istruttorio. Note introduttive.

Sovente accade che, taluni istituti e principi nati e sviluppatasi anzitutto nel diritto amministrativo speciale, vengano successivamente innalzati al rango di istituti e principi generali dell’azione amministrativa.

Anche nella nostra materia accade, infatti, che i c.d. diritti “secondi”, ossia i «*ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune e assoggettati a una logica diversa*»², finiscano per «*mettere in gioco il diritto primo perché chiarisca se stesso, con ciò contribuendo alla maturazione complessiva del sistema*»³.

¹ Il lavoro è frutto della comune riflessione degli autori. Tuttavia, i parr. 1-3 sono stati redatti da P. Provenzano; il par. 4 da S. D’Ancona; i parr. 5. e 6. da D.U. Galetta. Il contributo non è stato sottoposto a referaggio essendo destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*, in corso di pubblicazione.

² Così C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi la ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 397.

³ Così sempre C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi la ripresa di un tema*, cit., p. 404.

Nel diritto amministrativo ad avere tradizionalmente assunto il ruolo «di diritto precursore o di diritto sonda»⁴ è la disciplina relativa all'affidamento dei contratti pubblici, la cui indubbia *vis expansiva* ha in più occasioni innescato una sorta di effetto di “tracimazione” che ha portato, sia da un punto di vista sostanziale, sia da un punto di vista processuale, ad attribuire valenza generale a istituti e principi nati e sviluppatisi in tale specifico settore.

Esempio paradigmatico di tale tendenza, venendo all’oggetto del presente scritto, è dato dal modo in cui la disciplina sul “soccorso istruttorio” in materia di contratti pubblici ha influenzato e innervato settori distanti e distinti da tale materia, finendo così per divenire istituto ad applicazione tendenzialmente generale.

Se oggi, infatti, il “soccorso istruttorio” rappresenta (o meglio dovrebbe rappresentare) un doveroso ordinario *modus procedendi* che s’impone al Responsabile del Procedimento, anche al di fuori del contesto dei contratti pubblici, ciò è certamente grazie alla crescente rilevanza che è stata, via via, attribuita ad esso in detto settore.

Ebbene, muovendo da tali premesse, col presente contributo s’intende analizzare rapidamente l’istituto allo scopo di sondare se ed in che modo le nuove tecnologie digitali possano contribuire a “vincere” le ultime resistenze che si frappongono al pieno sviluppo dell’istituto in parola. Il quale, com’è stato autorevolmente osservato, rappresenta una «filiazione» del «sistema partecipativo»⁵ e, come tale, costituisce un istituto di civiltà giuridica che s’appalesa idoneo, per usare le evocative parole utilizzate nel PNRR, a rendere «la pubblica amministrazione la migliore “alleata” di cittadini e imprese».

Parafrasando quanto di recente scritto dalla Prof.ssa Immordino per definire il ruolo centrale che assume in una moderna amministrazione il *dominus* del “soccorso istruttorio”, ossia il Responsabile del Procedimento, può infatti dirsi che l’istituto in questione sia in grado di assicurare la «dequotazione della forma rispetto alla sostanza»⁶ e di consentire «(l’)affermazione [del] principio di informalità»⁷. Principio, quest’ultimo, sempre per dirla con la Prof.ssa Immordino, che «rileva non soltanto nell’ambito dell’istruttoria e dei mezzi relativi, ma anche con riferimento al loro coordinamento e alla capacità di fletterli tutti verso il raggiungimento del risultato finale, consistente nell’emanazione di un provvedimento che sia in concreto idoneo a soddisfare tutti gli interessi comunque coinvolti»⁸.

⁴ Tali espressioni sono mutate da F. De Leonardis, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di, G. Rossi, Torino, 2008, p. 117, che le utilizza, però, con riferimento al diritto dell’ambiente.

⁵ N. Saitta, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.giustamm.it*, 2013, p. 4. Il tal senso si esprime anche E. Frediani, *Il soccorso della Stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. Amm.*, 2018, p. 653, ove si evidenzia che il “soccorso istruttorio” rappresenta «uno strumento di tipo relazionale la cui attivazione consente di configurare un effettivo “dialogo procedimentale”» (E. Frediani, *Il soccorso della Stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. Amm.*, 2018, p. 653).

In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale si legge che il “soccorso istruttorio” rientra tra «fra gli istituti diretti ad incentivare la leale collaborazione tra la pubblica amministrazione ed i soggetti coinvolti nel procedimento e procede, alla stregua di un diritto corollario, dal canone costituzionale del buon andamento amministrativo» (Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁶ M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di, M.A. Sandulli, Milano, 2017, p. 534.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

2. Sulla crescente rilevanza assunta dal “soccorso istruttorio” nel settore dei contratti pubblici.

Come si è anticipato, è nel settore dei contratti pubblici che l’istituto del “soccorso istruttorio” si è principalmente sviluppato. Per tale settore esso ha rappresentato (e continua a rappresentare) un formidabile strumento per superare (o quantomeno limitare) l’esasperato formalismo che tradizionalmente domina la disciplina sull’affidamento dei contratti pubblici. Sebbene la locuzione “soccorso istruttorio” sia stata per la prima volta utilizzata dal legislatore del Codice dei contratti pubblici del 2016, che la utilizza già nella rubrica dell’art. 83, è indiscusso che l’istituto in parola esistesse già prima dell’avvento del nuovo Codice, essendo stato per la prima volta disciplinato dall’art. 15 del D.Lgs. n. 358/1992. Norma, quest’ultima, che prevedeva espressamente che «*le amministrazioni possono invitare le imprese concorrenti a completare od a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*»⁹.

Ora, tra i molteplici aspetti che rilevano con riferimento all’evoluzione espansiva che ha subito tale istituto nel corso degli anni, pare in questa sede opportuno soffermarsi in particolare su due¹⁰.

Anzitutto, occorre evidenziare come, pur a fronte dell’ambiguo e infelice tenore letterale delle previsioni sul “soccorso istruttorio” succedutesi nel corso degli anni, è da tempo acquisito che lo stesso rappresenti per l’Amministrazione procedente un potere-dovere e non già un potere a esercizio eventuale e facoltativo¹¹, così come era stato viceversa ritenuto da taluna giurisprudenza, secondo la quale l’attivazione o meno dell’istituto in questione «*rappresent(ava) una scelta discrezionale e non un obbligo*»¹².

Le Amministrazioni procedenti (*rectius* i Responsabili del Procedimento), dunque, «*ba(nno) il dovere (prima ancora che il potere)*»¹³ di venire incontro ai concorrenti, consentendo agli stessi di rimediare alle omissioni nelle quali sono incorsi¹⁴.

Al riguardo, è appena il caso di considerare che la «*sicura coerenza*»¹⁵ dell’istituto in parola, che nel nostro ordinamento è ormai ovvia e scontata¹⁶, non lo è in altre esperienze

⁹ Il corsivo è di chi scrive.

¹⁰ Per un’esauritiva analisi delle varie norme susseguitesi nel tempo in *subiecta materia* si rinvia a M. Occhiena, H. Garuzzo, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da, M.A. Sandulli, N. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, vol. II, pp. 1593 ss.

¹¹ A tal riguardo si vedano F. Aperio Bella, S. Caldarelli, E. M. Santoro, S. Tranquilli, *Veridica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da, M.A. Sandulli, N. De Nictolis, Milano, 2018, vol. II, pp. 1471 ss., B. De Rosa, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l’affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, pp. 1193 ss. e F. Lacava, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di, F. Saitta, Padova, 2008, pp. 395-396.

¹² Così Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini si veda In termini si esprime anche Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2002, n. 3595, anch’essa in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ Così T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 19 marzo 2013, n. 422, in www.leggiditalia.it.

¹⁴ Sul punto cfr. E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, pp. 43 ss.

¹⁵ Così Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663, in www.leggiditalia.it.

¹⁶ Come si è già in altra sede osservato, se il ricorso al soccorso istruttorio non fosse obbligatorio, sibbene facoltativo, «*si correrebbe il rischio, parafrasando una celebre frase di Giolitti, di veder il soccorso istruttorio applicato nei confronti*

ordinamentali¹⁷, in cui il ricorso al “soccorso istruttorio” continua ad essere considerato facoltativo.

È opportuno altresì sottolineare, venendo al secondo aspetto su cui è necessario soffermarsi, che l'istituto *de quo* ha subito una vera e propria metamorfosi nel 2014. Col Decreto Legge n. 90/2014¹⁸ si è, infatti, al riguardo operata una rivoluzione copernicana mediante la quale si è trasformato il ricorso allo stesso da “eccezione” (quale era prima del 2014) a “regola” (quale continua ad essere anche nell'attuale contesto normativo). È con tale riforma che si sono, infatti, notevolmente allargate le maglie dell'istituto.

Il superamento dell'impostazione formalistica che fino a quel momento imperava, sia pur mossa dall'intento di ridurre drasticamente il contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici¹⁹, ha certamente consentito di garantire (anche e prima ancora) l'interesse pubblico all'ampliamento della platea dei concorrenti alle procedure di gara.

Com'è stato, infatti, osservato da autorevole dottrina ogni stazione appaltante ha (o meglio dovrebbe avere) interesse «*alla più ampia partecipazione possibile alla gara per conseguire il più conveniente esito*»²⁰. Il che è stato a più riprese ribadito anche dalla Corte di giustizia, secondo cui «*è nell'interesse del diritto comunitario [ma diremmo anche del diritto nazionale] che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara di appalto*»²¹.

Può dunque in estrema sintesi dirsi che con la riforma del 2014 -e tale assetto è rimasto inalterato anche nel Codice dei contratti pubblici del 2016- il legislatore abbia con forza ed in modo inequivoco espresso la propria «*volontà (...) di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie*»²².

dei soli “amici”, con buona pace del principio di imparzialità che rappresenta, come noto, la quinta essenza di ogni procedura competitiva» (P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Dir. dell'econ.*, 2017, p. 820).

¹⁷ Nell'ordinamento francese è infatti assodato che «*la richiesta di regolarizzazione delle candidature costituisce una facoltà, e non un obbligo, liberamente esercitabile dal pouvoir adjudicateur*» (così P. Patrito, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, in *Urb. e App.*, 2015, p. 137).

¹⁸ Relativamente alla riforma operata dal D.L. n. 90/2014 si rinvia a P. Provenzano, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in *www.giustamm.it*, 2014, e alla dottrina ivi citata.

¹⁹ La riforma del 2014, come si è chiarito in dottrina, ha infatti inteso «*modificare una linea di tendenza (...) tesa a concentrare una parte consistente del contenzioso in materia di contratti pubblici nella valutazione dei requisiti meramente formali di partecipazione dei concorrenti*» (così M. Lipari, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, p. 9). In tal senso si sono espressi anche F. Saitta, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, in *Giur. It.*, 2015, p. 244 e S. Foà, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2014, pp. 1147 ss.

Sotto tale profilo si veda anche A.N.A.C., det. n. 1 dell'8 gennaio 2015, in *www.anticorruzione.it*, ove espressamente si riconosce che «*la novella in esame sembra finalizzata, altresì, alla deflazione del contenzioso derivante da provvedimenti di esclusione dalle gare d'appalto, per vizi formali – cui non corrisponda l'interesse sostanziale alla reale affidabilità del concorrente – sulle dichiarazioni rese dai partecipanti, con conseguente possibile riduzione dei casi di annullamento e di sospensione dei provvedimenti di aggiudicazione*».

²⁰ Così N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., p. 8. In termini si è espresso anche C. Volpe, *Bandi di gara e inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di) R. Villata, Padova, 2004, pp. 404 ss.

²¹ Corte di giust., 19 maggio 2009, in causa C-538/07, in *www.curia.europa.eu*.

²² Così Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, in *www.giustizia-amministrativa.it* (con riferimento a tale decisione cfr. L. De Pauli, *La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, in *Urb. e App.*, 2014, pp. 1298 ss.).

Si è così superata l'originaria impostazione, com'è stato fatto notare più restrittiva rispetto a quella seguita dalle pertinenti norme delle direttive comunitarie²³, in base alla quale il "soccorso istruttorio" non poteva mai condurre alla tardiva produzione di documenti *non prodotti* entro il termine per la presentazione delle offerte²⁴.

Era infatti pacifico, prima del 2014, che il «"soccorso istruttorio" [fosse] inoperante ogni volta che ven(issero) in rilievo omissioni di documenti»²⁵.

Le novità introdotte nel 2014 (e poi confermate dalle previsioni successive in materia²⁶) è consistita dunque essenzialmente nel riconoscimento della possibilità per i concorrenti di integrare (in prima battuta a pagamento e poi -dopo il 2017- gratuitamente²⁷) l'incompleta documentazione depositata al momento della presentazione dell'offerta, consentendo così agli stessi di rimediare, non solo alle «irregolarità essenziali» delle dichiarazioni rese, ma anche alla radicale omessa presentazione di una di tali dichiarazioni. Il tutto incontrando quali unici limiti l'inalterabilità del contenuto dell'offerta²⁸ e l'impossibilità di rimediare alle «carenze della

²³ Già prima dell'avvento del D.L. n. 90 del 2014 si era puntualmente posta in evidenza «l'esistenza di una vera e propria dissonanza tra la previsione di cui all'art. 51 della direttiva sugli appalti del 2004 (che fa espressamente riferimento alla figura dell'integrazione) e l'art. 46 c.c.p. (che, al contrario, non richiama tale ipotesi limitandosi a prevedere soltanto le due figure del "completamento" e del "chiarimento")» (così E. Frediani, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, *Gior. Dir. Amm.*, 2014, 507, *sub nota*, n. 23). Cfr. in termini R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 432.

²⁴ Prima dell'avvento del D.L. n. 90/2014 si riteneva, infatti, che oggetto di "soccorso istruttorio" potessero essere solamente «documenti/dichiarazioni comunque già acquisiti al procedimento amministrativo di aggiudicazione dell'appalto». Il "soccorso istruttorio", dunque, doveva «contenersi nei limiti di un semplice chiarimento/ specificazione e completamento» di documenti già prodotti (così S. Usai, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.*, 2015, p. 1078). Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale, con riferimento alla disciplina antecedente al D.L. n. 90 del 2014, si legge che «il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti (...) conseguentemente, l'integrazione non è consentita (...); è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi». In termini si veda anche, tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2014, n. 4494, in www.leggiditalia.it. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi a quelli testé citati si rinvia a F. Aperio Bella, *Soccorso istruttorio*, cit., p. 2.

²⁵ Così Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278, in www.giustizia-amministrativa.it, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tal senso si rinvia a F. Aperio Bella, *Soccorso istruttorio*, in www.lamministrativista.it, 2017, p. 2.

²⁶ Come è stato osservato, infatti, anche nella disciplina del Codice dei contratti pubblici del 2016 «sembra trovare conferma (...) la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaurienti acquisizioni istruttorie» (T. Di Nitto, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, p. 440).

²⁷ Com'è noto, il "soccorso istruttorio" a pagamento è stato definitivamente superato con il D.Lgs. n. 56/2017. Sotto tale profilo Governo ha evidenziato nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto da cui è scaturito il c.d. "Correttivo" che «l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento discende da quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dai quali si evince che tale previsione, presente solo nell'ordinamento italiano, sembrerebbe contraria ai principi di concorrenza previsti dal Trattato». Al riguardo occorre però segnalare che, successivamente, la Corte di giustizia ha ritenuto che il diritto U.E. «non ost(a), in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità» (Corte giust., 28 febbraio 2018, in cause riunite C-523/16 e C-536/16, *MA.TI. Sud*).

Con riferimento alle novità introdotte alla disciplina del "soccorso istruttorio" dal c.d. Correttivo cfr. F. Saitta, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "Correttivo"*, in *Dir. Amm.*, 2019, pp. 3 ss.

²⁸ Com'è stato puntualmente giudicato, «il "soccorso istruttorio" non può essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi» (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106, in www.giustizia-amministrativa.it). In termini si vedano: Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2684; Con. Stato, sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 484; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 12

documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»²⁹,

30

3. Sull'impatto del nuovo "soccorso istruttorio rinforzato" sulla disciplina generale sul procedimento amministrativo.

Alla luce di quanto detto, può dirsi che dopo la riforma del 2014 si è venuto configurare in materia di affidamento di contratti pubblici una sorta «*soccorso istruttorio rinforzato*»³¹.

Ebbene, tale disciplina, come si è già anticipato, ha per via dell'effetto di trascinamento richiamato in premessa finito per rinvigorire la portata dell'istituto in questione anche al di fuori dei procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, ove il "soccorso istruttorio" trova fondamento normativo anzitutto nell'art. 6, co. 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990, per il quale -lo si ricorda- il Responsabile del procedimento «*può [ma in realtà deve³²] chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete*»³³.

Si è infatti espressamente giudicato, con riferimento a tale ultima norma, che quanto previsto in materia di contratti pubblici «*inevitabilmente si riflette anche sull'estensione del dovere di soccorso istruttorio nella generalità degli altri procedimenti di massa (o, comunque, in cui siano interessati una pluralità indeterminata di soggetti)*»³⁴, nei quali devono di conseguenza ammettersi «*integrazioni documentali che consentano di superare la mancanza o incompletezza delle dichiarazioni*»³⁵ presentate inizialmente.

L'evoluzione espansiva dell'istituto di cui si discorre nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica ha quindi contribuito ad innalzare il "soccorso istruttorio" a «*principio cardine vigente anche nelle procedure non direttamente e specificamente disciplinate dal Codice dei contratti pubblici*»³⁶.

Del resto, la necessità di rendere l'azione amministrativa più attenta alla sostanza non può che essere ritenuta quale esigenza di portata generale, imponendosi dunque all'amministrazione, sempre e comunque, di «*squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge*»³⁷. E ciò, com'è stato espressamente giudicato, «*non tanto per attribuire all'interessato [che viene "soccorso"] un*

aprile 2016, n. 350; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1597; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2225, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ Così dispone espressamente il comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

³⁰ Per una più attenta disamina delle limitazioni al ricorso al "soccorso istruttorio", sia consentito di rinviare a P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, cit., p. 824.

³¹ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22 marzo 2016, n. 3580, in www.lexitalia.it.

³² Com'è stato puntualmente evidenziato in dottrina «*il soccorso istruttorio non è (...) una facoltà della pubblica amministrazione nonostante il dato letterale della norma che potrebbe far pensare ad un soccorso facoltativo (l. n. 241 del 1990, art. 6 lett. b) il responsabile del procedimento "può chiedere")*», poiché si è configurato da tempo l'idea di un soccorso "forte" da intendersi come doveroso» (M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2017, p. 573).

³³ Con riferimento all'art. 6 della l. n. 241 del 1990 si vedano M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento*, cit., P. Lazzara, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in *L'azione amministrativa*, a cura di, A. Romano, 2016, pp. 262 ss. e F. Aperio Bella, *L'istruttoria procedimentale*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di, M. A. Sandulli, Milano 2017, pp. 343 ss.

³⁴ Così T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 1088, in www.leggiditalia.it.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Così T.A.R. Campania, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4648, entrambe in www.leggiditalia.it.

³⁷ Così Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

vantaggio di sua spettanza», sibbene per perseguire l'interesse pubblico così come scolpito dalla legge³⁸.

Occorre tuttavia segnalare che l'applicazione dell'istituto in parola continua ad incontrare «alcuni limiti»³⁹. Tra questi limiti rientrano, non solo l'esigenza di garantire nelle procedure competitive la *par condicio* tra i concorrenti, che verrebbe irrimediabilmente compromessa se ogni omissione venisse ritenuta sempre e comunque emendabile, ma anche esigenze di speditezza dell'azione amministrativa.

4. Sul soccorso istruttorio, tra procedimento amministrativo e digitalizzazione della pubblica amministrazione.

L'ingresso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC o ITC se si usa l'acronimo dell'espressione in lingua inglese) nel contesto dei procedimenti amministrativi pone oggi la necessità di stabilire quali siano (o possano essere) le coordinate applicative del soccorso istruttorio in questo nuovo contesto.

Va infatti osservato che con l'introduzione dell'obbligo di digitalizzazione⁴⁰, riferito ormai a molti procedimenti amministrativi⁴¹, l'elemento tecnologico viene in rilievo come fattore potenzialmente in grado di mettere in crisi il rapporto tra cittadino e amministrazione⁴²; o di contribuire, per l'opposto, all'attuazione del principio di semplificazione.

La casistica pone dinanzi a fenomeni in cui l'errore di gestione delle nuove tecnologie da parte del privato, compromette la partecipazione ai procedimenti.

Si prendano in considerazione, ad esempio, le operazioni strumentali alla formazione del documento informatico contenente l'istanza di partecipazione a una procedura di evidenza pubblica oppure all'invio dello stesso per via telematica o alle allegazioni di conformità relative a copie di documenti analogici richieste ai fini della validità delle copie informatiche; oppure, ancora, all'inserimento scorretto dei dati in un modulo on-line. Le ipotesi in cui i

³⁸ Così T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° aprile 2021, n. 172, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso si è espresso in dottrina R. Ursi, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. Amm.*, 2021, p. 368, ove si evidenzia che la disciplina in questione «è indirizzata ad assicurare la completezza dell'accertamento fattuale: in sostanza, riguarda prioritariamente le esigenze dell'amministrazione e solo specularmente alla tutela dell'interessato».

³⁹ Così Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3664, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Sul che si rinvia anche al prossimo paragrafo 5.

⁴¹ Le tecnologie ICT sono entrate a far parte di moltissimi procedimenti. Oltre alle procedure concorsuali cui si farà cenno nel prosieguo, si consideri, ad esempio, tutti quei procedimenti strumentali all'esercizio di attività produttive in cui le imprese devono comunicare con l'amministrazione pubblica, tramite un punto unico informatico (il c.d. Sportello unico di cui all'art. 10 del CAD) nel contesto di un procedimento interamente digitalizzato. In generale sul procedimento amministrativo elettronico, tra i primi, A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011. Il rilievo delle tecnologie ICT è ancora più rilevante nell'erogazione dei servizi pubblici. Sul tema, A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. 1/2019, pp. 117 ss. il quale sottolinea che con il passaggio dall'informatica alla telematica sono stati definiti in maniera del tutto nuova i rapporti fra le amministrazioni e i privati ed è stato possibile ripensare tutta la logica dell'azione amministrativa.

⁴² È condivisibile l'osservazione secondo cui vi sarebbe il rischio che l'uso delle ICT si configuri come «strumento di miglioramento della relazione pubblica amministrazione- cittadino riservato solo a pochi» piuttosto che come strumento di efficientamento del rapporto pubblica amministrazione-cittadino in una prospettiva che possa corrispondere all'idea della buona amministrazione (D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione in Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020, p. 88).

privati possano incorrere in errori nella gestione dell'elemento tecnologico potrebbero essere infinite.

Ma può anche trattarsi di errori riferiti all'utilizzo delle nuove tecnologie che coinvolgono la sfera dell'amministrazione: come, ad esempio, una cattiva gestione della piattaforma che sia in grado di processare solamente un certo numero di istanze avanzate e dunque rigetti automaticamente solamente alcune di esse ed ancora un caricamento di documenti illeggibili da parte dell'amministrazione.

Mentre in questi ultimi casi è indubbio, secondo la giurisprudenza, che il privato non possa subire le conseguenze negative derivanti dall' "incidente tecnologico" - e dunque che sia possibile il ricorso al soccorso istruttorio⁴³, con conseguente potenziamento dell'istituto stesso - gli orientamenti sono invece assai più variegati quando si tratta di errori riconducibili al privato che partecipa al procedimento.

Da un punto di vista generale va evidenziato che, nel contesto di un procedimento digitale, si porrebbe l'esigenza che il responsabile del procedimento svolgesse una funzione di garanzia ancora più penetrante rispetto all'ipotesi di procedimento svolto in maniera tradizionale.

L'osservazione va nello stesso senso di quanto altrove affermato da uno degli autori di questo contributo: il funzionario responsabile del procedimento dovrebbe rappresentare «*la figura chiave per tentare di colmare quel nuovo gap fra cittadini che nella letteratura di settore è stato battezzato come divario digitale*»⁴⁴. Sicché, occorrerebbe che il soccorso istruttorio fosse letto attraverso una chiave interpretativa che lo ponesse in termini di strumento di riequilibrio delle disuguaglianze.

È tuttavia ben comprensibile che la tematica sia tanto più critica nel caso di procedure concorsuali, ove, come accennato nei precedenti paragrafi, vi sarebbe l'esigenza di ponderare i principi di buona fede e leale collaborazione, cui si ispira l'istituto del soccorso istruttorio,

⁴³ Sul punto, è stato affermato che «*l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio*» (T.A.R. Puglia, Lecce, 10 giugno 2019 n. 977, cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 17 settembre 2019, n.1022).

Le criticità si mostrano semmai più in termini processuali e cioè relativamente all'individuazione del soggetto su cui incomba la prova dell'addebitabilità del malfunzionamento. Sul punto, in maniera condivisibile, è stato affermato che «*in caso di gara in forma telematica il rischio inerente alle modalità di trasmissione (della domanda di partecipazione alla gara) non può far carico che alla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara*» (T.A.R. Puglia, Lecce, 10 giugno 2019 n. 977). E, ancora più di recente, si è affermato che nei casi in cui non sarebbe possibile stabilire se vi sia stato un errore del trasmittente o la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio dovrebbe ricadere sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020 n. 86). Analogamente è stato affermato che non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020).

⁴⁴ D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., p. 90. Sul *digital divide* sia consentito rinviare a S. D'Ancona, P. Provenzano, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, cit., pp. 226 ss.

con quelli di imparzialità e *par condicio* tra contendenti e non aggravamento del procedimento⁴⁵.

In questo quadro è dunque importante riprendere qui e riassumere i principali orientamenti giurisprudenziali al riguardo.

Analizzando in un'ottica macro la casistica di soccorso istruttorio sembra che i casi in cui l'istituto viene in rilievo siano maggiori con riferimento ai procedimenti digitalizzati proprio in ragione dell'aumento di probabilità di errore da parte del privato nella gestione dell'elemento tecnologico.

Emergono moltissime pronunce in cui i giudici negano la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio ove l'errore tecnologico di chi partecipa al procedimento ricada su elementi essenziali della domanda di partecipazione. Le sentenze più significative sono in tema di procedure ad evidenza pubblica.

E allora è comune imbattersi in pronunce in cui si afferma che la mancanza di firma digitale apposta sull'offerta tecnica costituisce carenza della domanda e dunque non sia possibile attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 c. 9 del Codice dei contratti pubblici secondo cui costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa⁴⁶. Si tratta, naturalmente, di errori riguardanti elementi essenziali della domanda⁴⁷ e riconducibili in termini causali alla sfera del privato – del caso opposto si è già detto - ove quindi il soccorso istruttorio sarebbe escluso anche nel caso di procedimento tradizionale.

E, tuttavia, ciò che sorprende è come questa impostazione finisca per traslare sul privato, senza alcuna possibilità di mediazione, quello che potrebbe essere definito come il rischio di “errore tecnologico procedimentale”.

La questione diventa ancora più critica nel caso di altre pronunce che non ammettono il soccorso istruttorio neanche nell'ipotesi di mere “irregolarità tecnologiche”.

Si è sostenuto, in questo senso, che è legittima l'esclusione quanto il privato invii un file che, seppure sottoscritto con firma digitale, non risulti “well-formed”⁴⁸. La mancanza, nelle

⁴⁵ Per l'opposto «nei procedimenti non comparativi [il soccorso istruttorio] dispiega la sua massima portata espansiva, pressoché illimitata» (F. Saitta, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il “correttivo”*, cit., pp. 3 ss.). Sull'esigenza di un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi, si veda ancora N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., con i richiami giurisprudenziali.

⁴⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2020, n.11598 cfr. T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 25 febbraio 2020 n. 138; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 7 gennaio 2020 n. 16, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23 novembre 2020, n.12406, Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019 n. 5751. Sulla sottoscrizione del contratto di avvalimento, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 22 luglio 2020, n.1414.

⁴⁷ Dall'altra parte, aumentano anche le pronunce che dichiarano che l'errore tecnologico possa essere sanato mediante il ricorso al soccorso istruttorio. Si tratta tuttavia di casi in cui è pacifico che l'errore tecnologico riguardi elementi non essenziali delle istanze o comunque sia sanabile. A tal proposito è stato, ad esempio, affermato che, il dubbio suscitato dall'apposizione delle firme digitali dei contraenti esterne al duplicato digitale della garanzia provvisoria — duplicato, quindi, di un documento originale cartaceo con firma autografa — non configura nullità della garanzia medesima, determinando, semmai, l'attivazione del soccorso istruttorio (T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, 11 ottobre 2018, n.292).

⁴⁸ Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n.7507. Si trattava di un caso in cui, secondo quanto statuito dalla terza sezione, “il file firmato p7m non risulta well-formed, non essendo un file conforme alle specifiche CAdES”; i tecnici della piattaforma funzionale alla gestione del procedimento avevano precisato in giudizio che il sistema eseguiva i seguenti controlli: verificava che l'intero file fosse stato caricato; controllava che l'estensione del file fosse tra quelle previsti nel modello utilizzato; pertanto, nessun controllo veniva eseguito sulla validità del certificato di firma digitale, né veniva verificata l'integrità del contenuto del file allegato. Il messaggio di errore di caricamento

piattaforme strumentali alla gestione del procedimento, di forme di messaggi automatici che avvisino il partecipante di aver commesso un errore connesso all'utilizzo della tecnologia, non consentirebbero né al privato di rivendicare un legittimo affidamento⁴⁹ né al responsabile del procedimento di attivare il soccorso istruttorio.

Secondo quest'impostazione, certamente formalistica, sarebbe necessario da parte del privato *«adempire, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità. Né un procedimento siffatto, che è stato ideato per semplificare, può essere aggravato da adempimenti e da oneri ulteriori volti a decodificare un documento che venga prodotto da un partecipante, per propria responsabilità... in modo non conforme alla proficua fruizione da parte del sistema. Ciò infatti recherebbe in realtà pregiudizio alla stessa ratio di funzionamento del sistema informatico-telematico, che è proprio quella di consentire la celere e semplificata individuazione del migliore operatore economico offerente, ostacolando in ultima analisi l'amministrazione nell'acquisizione dei beni o dei servizi ricercati. Diversamente opinando, le questioni che potrebbero porsi, ogniqualevolta si diverga dall'attenersi con diligenza a quanto previsto in ordine alle forme digitali da utilizzarsi, potrebbero essere così varie e molteplici, tali da frustrare le potenzialità che i sistemi informatico-telematici offrono alle pubbliche amministrazioni di pervenire alla certa e rapida individuazione del miglior offerente, senza utilizzare le ormai obsolete e farraginose procedure cartacee»⁵⁰.*

Il trattamento riservato alla carenza di sottoscrizione digitale, in questo caso, è di per sé analogo a quello riservato alla fattispecie di mancanza di firma autografa sulla domanda di partecipazione o sull'offerta; e tuttavia la possibilità di errore è certamente amplificata dall'elemento tecnologico.

Il soccorso istruttorio, trova, anche in questi casi, il limite tradizionale dei principi di *par condicio* e imparzialità e di divieto di aggravamento del procedimento nonché, del principio di autoresponsabilità⁵¹. Con riferimento a questo ultimo aspetto si va tuttavia a configurare in capo al privato che partecipi al procedimento uno "sforzo" di diligenza rafforzato rispetto a quello proprio dei procedimenti tradizionali⁵².

L'impostazione giurisprudenziale sopra evocata inizia, tuttavia, a scollarsi in maniera ancora più evidente dai principi, in alcune ipotesi, in cui il mancato rispetto di regole tecniche da parte del privato, seppure non comprometta il fine (ad esempio l'idoneità del documento che la contiene di individuare il soggetto che l'ha formulata), comporti comunque l'esclusione dello stesso dal procedimento.

di un file veniva dunque rilevato solamente nel caso in cui il file di partenza non fosse giunto integro sul server e di conseguenza non fosse stato memorizzato nell'offerta.

⁴⁹ Sul punto osserva il Consiglio di Stato che: *«tali precisazioni consentono di respingere la tesi dell'appellante secondo cui la mancata rilevazione dell'errore da parte del sistema avrebbe prodotto il legittimo affidamento sulla corretta ricezione di tutti i file: il sistema, infatti, si limita a rilevare come errori solo quelli relativi alla non integrità del documento, e non segnala, quindi, errori di altra natura»* (Cons. Stato, cit., n. 7507/2021).

⁵⁰ T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 30 aprile 2021 n. 786, cfr. Cons. St., sez. V, 7 novembre 2016 n. 4645.

⁵¹ In generale sul principio di autoresponsabilità ultimamente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14 ottobre 2020, n.1600, cfr. *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 22 novembre 2019, n. 13429; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 4 marzo 2019, n. 324; Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96.

⁵² Sul dovere di diligenza nei procedimenti in generale, Cons. Stato, sez. II, 5 maggio 2014 n. 2289.

È il caso di mera difformità di formato della domanda di partecipazione (word invece che pdf) sottoscritta comunque con firma digitale.

In una pronuncia piuttosto recente del Tar Lombardia è stato affermato che l'amministrazione non sarebbe tenuta a utilizzare, al fine di codificare la domanda di partecipazione, software in grado di leggere il documento informatico presentato dal privato. E ciò sulla base della considerazione che era *«prescritto dalla legge di gara che i documenti dovevano essere obbligatoriamente presentati in formato .pdf.»*

In conclusione, secondo i giudici di prime cure, la stazione appaltante, *«non avrebbe potuto applicare l'istituto del soccorso istruttorio, atteso che, altrimenti, avrebbe violato la par condicio tra i partecipanti alla gara, permettendo, sostanzialmente, la nuova presentazione della domanda oltre i termini stabiliti dalla lex specialis di gara»*⁵³. Il principio su cui si fonda tale orientamento sarebbe che la gestione interamente informatizzata della procedura ben può implicare l'esclusione dalla gara della domanda che *«risulti illeggibile per un guasto non dei comandi di trasmissione, ma dell'originazione del relativo file»*⁵⁴.

Questo orientamento, in realtà, sembrerebbe tradursi in un azzeramento degli obblighi istruttori in capo al responsabile del procedimento e in uno svuotamento completo del "dovere" di soccorso istruttorio.

Gli orientamenti sopra evocati sono tuttavia avversati da altra parte della giurisprudenza che fornisce una lettura evolutiva del soccorso istruttorio rispetto al nuovo contesto procedimentale.

Infatti, in maniera opposta rispetto a quanto sin qui riferito, in alcune pronunce si sottolinea come ricadrebbe in capo all'amministrazione, e dunque al responsabile del procedimento, un obbligo di attivare il soccorso istruttorio nel caso che sia necessario sanare eventuali difformità formali delle domande presentate dai privati.

In maniera del tutto condivisibile, si evoca al riguardo un principio di diligenza professionale in capo al responsabile del procedimento, simile a quello di cui all'art. 1176 co. 2 c.c. relativo alla diligenza nell'adempimento delle obbligazioni.

È in questo senso che il Consiglio di Stato, nello stesso caso sopra richiamato, ha affermato che *«il formato utilizzato per la compilazione e l'invio della domanda di partecipazione dalle imprese suindicate non era tale da impedirne, in maniera assoluta, la corretta visualizzazione e lettura»*⁵⁵. Da questo punto di vista, del resto, *«la valutazione della possibilità o meno di accesso al contenuto di un documento, agli effetti applicativi delle disposizioni in tema di soccorso istruttorio, non può essere rigidamente compiuta in concreto, ovvero con riferimento alla disponibilità hic et nunc da parte della stazione appaltante degli strumenti all'uopo necessari ed alla capacità dei suoi addetti di utilizzarli conformemente alle loro potenzialità operative, ma, coerentemente con la connotazione generale ed astratta della pertinente previsione normativa, ... sulla scorta della disponibilità di quei mezzi da parte di una stazione appaltante mediamente attrezzata*

⁵³ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 febbraio 2018, n. 412.

⁵⁴ T.A.R. Lombardia, Milano sez. IV, 22 dicembre 2017, n. 2475. Su questo principio Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329.

⁵⁵ È stato aggiunto che *«sarebbe infatti stato sufficiente, a tal fine, utilizzare in maniera appropriata un software che appartiene allo strumentario digitale "di base" di qualunque soggetto (pubblico o privato) che utilizzi la modalità digitale per lo svolgimento della sua attività, o comunque da esso facilmente acquisibile e di cui la stessa stazione appaltante aveva evidentemente la concreta disponibilità (come dimostrato, si ripete, dalla verifica svolta in primo grado)»* (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018 n. 4065).

e della comune capacità dei suoi addetti di utilizzarli, secondo il parametro generale dell'*homo eiusdem conditionis et professionis* ...»⁵⁶.

Il ricorso al soccorso istruttorio, in questi casi, non sarebbe peraltro contrario al principio di divieto di aggravamento procedimentale proprio perché non potrebbe sostenersi che «*la necessità di effettuare operazioni ulteriori, rispetto a quella connessa alla mera apertura dei files inviati dai concorrenti mediante la stessa piattaforma elettronica sulla quale erano stati “caricati”, avrebbe rappresentato un serio intralcio per il regolare svolgimento della gara... essendo agevolmente espletabili da qualunque operatore dotato di medie conoscenze informatiche...*»⁵⁷.

Seguendo questa stessa impostazione, da altre pronunce emerge una lettura del soccorso istruttorio ancora più coerente rispetto ai principi di leale e corretta collaborazione tra privato e pubblica amministrazione nel contesto dei procedimenti digitalizzati.

I giudici, in questi casi, hanno inteso il principio di autoresponsabilità in capo ai privati che partecipino a procedure informatizzate in termini più attenuati rispetto alle pronunce sopra richiamate.

A questo proposito, è particolarmente significativa una pronuncia del T.A.R. Lazio in cui si afferma che emerge l'obbligo di soccorso istruttorio «*in considerazione della novità della procedura telematica e delle difficoltà riscontrate dall'utente in relazione al funzionamento del sistema*». In particolare il Tribunale amministrativo regionale ha osservato che «*nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti etc.) rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato. Nel caso di domande telematiche, infatti, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non “quantificabili” in termine di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti*»⁵⁸. Tenendo conto di queste premesse i giudici capitolini hanno osservato che emerge un principio secondo cui «*pur a fronte di procedimenti amministrativi interamente telematizzati, specie quando la presentazione della domanda sia ancorata a rigidi termini di decadenza e la compilazione della stessa si riveli di particolare complessità l'amministrazione, anche a non voler prevedere modalità ulteriori di presentazione della stessa, non può prescindere dal c.d. soccorso istruttorio ex art. 6 l. n. 241/1990*»⁵⁹.

D'altronde, osserva lo stesso Consiglio di Stato, «*il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora scolpito nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., induce senza ombra di dubbio a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione ad una selezione quando queste siano, obbligatoriamente, eseguibili esclusivamente con modalità digitali, anche nel caso in cui egli non abbia dimostrato una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale, ma l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle*

⁵⁶ Cons. Stato, cit., n. 4065/2018.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 15 gennaio 2019 n. 530.

⁵⁹ T.A.R. Lazio, cit., n. 530/2019, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021 n. 4918.

insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbero potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazioni di altri candidati idonee a determinare uno stress di sistema»⁶⁰. Secondo questo orientamento, evidentemente, a prescindere dall'oggetto su cui ricade l'errore (potrebbe anche trattarsi di elementi essenziali), l'istituto del soccorso istruttorio interviene allorché vi sia una situazione di oggettiva difficoltà; e dunque nei casi in cui l'errore stesso non sia addebitabile in termini di colpa al privato che partecipa al procedimento.

5. Sul soccorso istruttorio quale istituto largamente sottoutilizzato ma dal grande potenziale, soprattutto in un contesto di pubblica amministrazione digitalizzata.

È possibile a questo punto svolgere alcune considerazioni conclusive, con riguardo sia allo strumento del soccorso istruttorio in generale che, più in particolare, alla relazione possibile tra soccorso istruttorio e semplificazione nei procedimenti amministrativi digitalizzati.

Come già si è detto, il soccorso istruttorio rappresenta un'applicazione del principio del giusto procedimento. Principio che impone all'amministrazione non soltanto di accertare che siano rispettate le prescrizioni previste dalle norme (e dal bando), ma che anche *«ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti»⁶¹. Ciò in quanto, per dirla con le già richiamate parole dell'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, detto principio impone all'amministrazione di «squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte (...)»⁶². Affermazioni giurisprudenziali di tal fatta risultano particolarmente preziose in un contesto di amministrazione digitalizzata: ovvero che faccia ricorso agli strumenti messi a sua disposizione dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC)⁶³, così come è espressamente prescritto dall'art. 3-bis della L. 241/90. Ai sensi di questa previsione - così come di recente novellata dal DL 76/2020⁶⁴ - *«Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»*. Il che rende evidente che - come già altrove osservato - non si tratta più di una previsione meramente programmatica e come da essa derivi oramai un obbligo vero e proprio, in capo alle Pubbliche Amministrazioni ed allo scopo di conseguire maggiore efficienza, di agire mediante strumenti informatici e telematici⁶⁵.*

In effetti, a ben guardare, l'utilizzo di detti strumenti appare funzionale non solo rispetto all'obiettivo di *«conseguire maggiore efficienza»* nelle attività delle amministrazioni pubbliche, ma anche - come sembra emergere da molte pronunce giurisprudenziali recenti - rispetto allo scopo di ridurre gli oneri procedurali posti in capo al privato.

In questo senso sono da intendersi quelle pronunce in cui si afferma che l'onere di produrre una copia del documento di identità, che è strettamente legato alla necessità per

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4918.

⁶¹ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 aprile 2014, n. 1116.

⁶² Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

⁶³ Più in generale su questo “fenomeno” e sulle sue molteplici implicazioni sia consentito di rinviare nuovamente a *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, cit.

⁶⁴ L'art. 3-bis è stato inserito nella L. 241/90 dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 ed è stato ora modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

⁶⁵ D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione* cit., p. 93.

l'Amministrazione di identificare il richiedente, «viene meno nel caso in cui le istanze o le dichiarazioni siano invece inviate per via telematica»⁶⁶.

V'è da auspicarsi, invero, un ulteriore passaggio che consentirebbe di accedere a nuove forme di soccorso istruttorio. Ci si riferisce alla possibilità che l'art. 6 L. 241/90 venga interpretato nel senso di consentire al responsabile del procedimento, proprio mediante l'utilizzo degli strumenti dell'amministrazione digitale, di "accedere" lui, autonomamente e direttamente, a tutte quelle informazioni che, oggi, nel contesto dei più disparati procedimenti, sono ancora richieste ai privati che vi partecipano. E ciò avviene, nonostante il fatto che si tratti di informazioni che sono nel possesso dell'amministrazione procedente o di altre amministrazioni.

In questo senso, l'istituto del soccorso istruttorio potrebbe venire adeguatamente valorizzato nella prospettiva, ad esempio, di consentire al responsabile del procedimento di utilizzare lo strumento della cooperazione applicativa presso altra amministrazione per ottenere i dati riferiti ai partecipanti al procedimento⁶⁷. Si tratterebbe, in questo caso, di un'evoluzione decisiva che permetterebbe al soccorso istruttorio di trovare una nuova identità nel contesto dell'amministrazione digitale. Evitando anche il consolidarsi di quel fenomeno che - come si cercherà di spiegare nel paragrafo conclusivo, qui di seguito - si è invece prodotto, di recente, nel contesto dell'amministrazione digitalizzata e che già altrove si è identificato come principio del "once again"⁶⁸, in opposizione al principio del c.d. "once only".

6. Segue. Il soccorso istruttorio come strumento per consolidare il principio del "once only" ed evitare le derive del "once again". Considerazioni conclusive.

Emerge, in effetti, un chiaro collegamento tra l'istituto del soccorso istruttorio e il secondo aspetto della transizione digitale che il nostro Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza affianca al tema della interoperabilità: è, cioè, quello della «piena realizzazione del principio (e

⁶⁶ Infatti, dal combinato disposto dell'art. 65, c. 1, lett. a) del CAD e dell'art. 77, c. 6, lett. b) del Codice dei contratti, l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al c. 3 dell'art. 38 del D.P.R. n. 445/2000, anche in assenza dell'allegazione di copia del documento di identità del dichiarante. (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 4 dicembre 2020 n. 2395 cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493, Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2013 n. 4676).

⁶⁷ La cooperazione applicativa è espressamente prevista dall'art. 47, comma 1, CAD quale strumento per le «comunicazioni di documenti tra le pubbliche amministrazioni». E in effetti, già all'interno del Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2017-2019, la cooperazione applicativa fra Pubbliche Amministrazioni era stata identificata come un elemento chiave del sistema. Il Piano 2017-2019 si può leggere in: <https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/pianotriennale-ict-doc/it/2017-2019/index.html>. Per approfondimenti sul sistema pubblico di connettività e cooperazione si rinvia a G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, cit., pp. 191 ss. (spec. 207 ss).

⁶⁸ D.U. Galetta, *Technological Transition in response to COVID. Scattered Thoughts on the possibility of a (Technological) transition to a Digitalized Public Administration in Italy, with the help of the Recovery and Resilience Plan*, in CERIDAP, 2021/4, at <https://ceridap.eu> (pubblicato il 16.11.2021)

obiettivo/standard della CE) del “once only”⁶⁹, un concetto di e-government per cui cittadini e imprese debbano poter fornire “una sola volta” le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni⁷⁰.

A questo proposito si legge nel paragrafo specificamente dedicato a «La semplificazione e la digitalizzazione», del Dossier sul PNRR pubblicato il 21 maggio 2021 dall’Ufficio Studi di Camera e Senato, che «Tra le priorità, in questo ambito, vi è l’effettiva attuazione del principio “once only” (l’amministrazione non chiede al cittadino e all’impresa le informazioni ed i dati di cui è già in possesso), attraverso l’accesso alle banche dati ai fini dell’acquisizione d’ufficio e dei controlli sulle autocertificazioni» e che sono a tal fine ricomprese «azioni volte a garantire la piena digitalizzazione dei procedimenti amministrativi (...) anche mediante l’interoperabilità dei flussi documentali e degli schemi dati tra amministrazioni»⁷¹.

È in effetti auspicabile che l’attuazione del principio del “once only” nei rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino si realizzi quanto prima.

Attualmente, invece, il cittadino è fatto oggetto di una sorta di “accanimento burocratico-amministrativo” che si manifesta attraverso il principio del “once again”. Ovverosia, posto che il cittadino interagisce con l’Amministrazione (semi)digitalizzata attraverso un PC (o tablet, o telefono cellulare etc.), senza mai doversi recare *in loco* - ma senza neppure mai potere ivi interagire con un funzionario pubblico - il risultato ultimo è che ogni segmento del procedimento amministrativo è caratterizzato dalla richiesta, da parte del funzionario pubblico che ne è materialmente incaricato, di “caricare” documenti e riempire formulari per fornire informazione che o sono già state fornite in precedenza (ad altro funzionario incaricato di occuparsi di un altro segmento del procedimento medesimo), o sono comunque nel possesso della pubblica amministrazione e sarebbero quindi autonomamente reperibili da parte del funzionario pubblico medesimo tramite lo svolgimento di un minimo di attività istruttoria “endogena” ed in una logica di “soccorso istruttorio rafforzato”, appunto. In piena coerenza, questo, con quanto richiesto dal PNRR e specificato nei molti documenti che ad esso si riferiscono.

Una utilizzazione siffatta dello strumento del soccorso istruttorio - che apra dunque ad una sua lettura in una chiave adatta al contesto di una pubblica amministrazione “digitalizzanda”, se non ancora interamente digitalizzata - oltre a consentire a questo importante istituto di dispiegare (finalmente!) in pieno il suo potenziale, avrebbe altresì l’effetto, assai benefico, di sgravare il cittadino degli oneri che gli vengono oggi, invece, ulteriormente imposti⁷² nell’interazione con una pubblica amministrazione che sta (faticosamente) operando la sua “transizione digitale”.

⁶⁹ Il principio è codificato nell’art. 14 del Regolamento (UE) 2018/1724 del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l’accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1724/oj>. Nella versione italiana del Regolamento è indicato come principio «una tantum».

⁷⁰ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, p. 17.

⁷¹ Schede di lettura – nn. 06, n. 219 del 27.05.2021, Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 87, che si può leggere in: <https://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/DFP28.pdf>

⁷² Un esempio per tutti - e che traggono dalla mia esperienza diretta - è la richiesta di fornire copia del proprio documento di identità pur a fronte di documenti firmati con firma digitale. Quest’ultima è infatti di per sé perfettamente idonea a indentificare la provenienza del documento e la autenticità della firma medesima!

Mi pare importante, infatti, che l'auspicata transizione verso l'amministrazione digitale non si compia - una volta di più e come quasi tutte le riforme che hanno avuto luogo nel corso degli ultimi trent'anni - "sulla pelle" del cittadino. Il cittadino deve dunque poterne trarre dei benefici concreti ed immediati: in termini di riduzione degli oneri a suo carico, se non di semplificazione *tout court* dei procedimenti⁷³. In questo senso, è certamente possibile una rilettura (e un rinvigorismento) dell'istituto del soccorso istruttorio nella chiave qui proposta. Nella prospettiva da ultimo delineata - e concludendo - il soccorso istruttorio può ricevere nuova linfa vitale ed essere inteso come uno strumento essenziale al fine di effettivamente realizzare il principio del "once only" ed evitare, invece, le derive del "once again".

⁷³ Al momento, della c.d. transizione digitale sperimentata, in effetti, per lo più solo gli effetti negativi di una pubblica amministrazione che viene largamente spogliata di quell'elemento di umanità (il contatto diretto col funzionario pubblico responsabile del procedimento) che, in fondo, è quello che rende l'esercizio dell'azione amministrativa, pur con tutti i suoi elementi di unilateralità e imperatività, accettabile ai suoi destinatari. Cfr. D.U. Galetta, J. G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), fasc. 3/2019, 6 febbraio 2019, p. 22.