

# Soccorso istruttorio, arriva la pronuncia del Consiglio di Stato

Sotto la lente del CdS la questione della sanzione pecuniaria (ex Art. 38 D.Lgs. 163/06)

**Claudio Guccione**

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

**Roberto Fornarola**

Avvocato

P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Con la pronuncia, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667, il Consiglio di Stato ha affrontato una questione piuttosto controversa sulla quale la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione è intervenuta con due distinti pronunciamenti di analogo tenore nel corso degli ultimi anni. L'articolo, premessi brevi cenni sul caso concreto, dopo una rapida ricostruzione del quadro normativo vigente, si propone di analizzare quali soluzioni la giurisprudenza ha formulato relativamente alla possibilità riconosciuta in capo alle stazioni appaltanti di irrogare la sanzione pecuniaria prevista dalla nuova disciplina sul soccorso istruttorio nel caso in cui il concorrente ritenga di non aderirvi, decidendo, pertanto, di abbandonare la gara.



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peillex.com)

## Il caso in decisione

Un ente locale indiceva una procedura di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di un parco urbano. A seguito della riscontrata incompletezza delle dichiarazioni rese dal progettista, in relazione al possesso dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis*, l'Amministrazione disponeva a carico dell'impresa partecipante l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2-bis, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e la contestuale richiesta di integrazione del requisito mancante nel prescritto termine di legge. Benché l'impresa avesse prestato acquiescenza al provvedimento di esclusione, a distanza di tre mesi interveniva il provvedimento irrogativo della sanzione, che veniva tempestivamente impugnato. La contestazione ineriva all'applicazione della sanzione pecuniaria, nonostante la ricorrente avesse manifestato la volontà di non aderire al soccorso istruttorio e di dar corso alla disposta esclusione dalla procedura di gara. Il Tar Abruzzo, con decisione 25 novembre 2015, n. 784 respingeva il ricorso, aderendo all'assunto secondo cui la sanzione di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Codice dei contratti pubblici può essere applicata non solo quando il concorrente che sia incorso in un'irregolarità essenziale decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui questi, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venga escluso dalla procedura di gara. *"La motivazione riposa, oltre che nella littera legis, nell'assunto, inferibile da un'interpretazione funzionale delle norme, per cui la sanzione pecuniaria non è alternativa e sostitutiva rispetto all'esclusione, ma colpisce l'irregolarità essenziale, in sé e per sé considerata [...] indipendentemente dal fatto che venga sanata o meno dall'impresa interessata"*.

## Il DL 24 giugno 2014, N. 90

Il Decreto Legislativo 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114, come è noto, ha innovato gli artt. 38 e 46 del D.Lgs. 163/06 (di seguito, "Codice"), modificando in maniera significativa l'istituto del soccorso istruttorio. Per effetto di tale novella legislativa, è stata disposta la c.d. procedimentalizzazione del soccorso istruttorio (allo stato doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara) e la configurazione dell'esclusione dalla gara come sanzione

unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante e non più da carenze originarie (in tal senso, Ad.Pl. Cons. St. n. 16 del 30 luglio 2014). Ai fini della partecipazione alla gara assume, pertanto, rilievo l'effettiva sussistenza dei requisiti in capo ai concorrenti e non le formalità né la completezza del contenuto della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei predetti requisiti. Sotto tale profilo, la novella in esame sembra finalizzata anche 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.

## La decisione del CdS e la posizione dell'ANAC

I Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto di non condividere gli argomenti prospettati dall'impresa ricor-



## OSSERVATORIO NORMATIVO

- Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione 3 agosto 2016, recante "Chiarimenti sull'applicazione dell'art. 192 del Codice dei contratti".
- Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 agosto 2016, recante "Composizione

e modalità di funzionamento della Cabina di regia", pubblicato in G.U. 31/8/2016 n. 203.

- Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", pubblicato in G.U. 8/9/2016 n. 210.

rente nel ricorso in appello, valorizzando una interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 38, comma 2-bis del Codice, in base alla quale "detta sanzione, come si evince dalla lettera della disposizione («la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara...»), colpisce dunque il semplice fatto dell'aver presentato una dichiarazione difettosa: resta irrilevante il fatto che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla".

La norma - continua la sentenza - nulla dice riguardo alla condotta successiva dell'offerente, sia in punto di avvenuta regolarizzazione, sia in punto di abbandono della gara mediante il comportamento concludente della non risposta alla richiesta di regolarizzazione. L'esclusione dalla gara è altra cosa rispetto alla sanzione, la cui fattispecie costitutiva è ormai già perfetta, ed è la conseguenza procedimentale della mancata corrispondenza al soccorso istruttorio. La Terza Sezione, inoltre, spazza via anche le perplessità che erano state prospettate in ordine a un pre-

sunto contrasto dell'art. 38, comma 2-bis con gli artt. 59, paragrafo 4 e 56, paragrafo 3, della Direttiva n. 2014/24/UE, nella misura in cui tali disposizioni comunitarie non condizionano il soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente al rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza. Sotto questo profilo, l'apparato argomentativo dei Giudici Amministrativi si è fondato su due dirimenti considerazioni.

Anzitutto, si è detto, il principio di irretroattività della nuova legge impedisce di dar rilievo alla circostanza che il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 preveda, all'art. 83, comma 9, che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione", trattandosi di normativa palesemente inapplicabile al caso in questione, alla luce del consolidato principio secondo cui è il momento di pubblicazione del bando che cristallizza la normativa applicabile alla gara. In secondo luogo, è stato precisato che la interpretazione della norma di diritto interno seguita dalla sentenza non contrasta con le surrichiamate disposizioni del diritto europeo, le quali non precludono una onerosità dell'accesso al soccorso istruttorio, limitandosi a rimetterne la scelta, ovviamente nei limiti della congruità, al legislatore nazionale.

In senso contrario all'orientamento giurisprudenziale patrocinato dal Consiglio di Stato, si era pronunciata l'ANAC nella Determinazione 8 gennaio 2015 n. 1. L'Authority di settore ha sostenuto, infatti, che "all'incameramento [ndr, della cauzione provvisoria], in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio". Tale posizione è stata confermata anche nel Comunicato del 25 marzo 2015, in cui il Presidente Cantone ha chiarito che la lettura fornita nella citata Determinazione n. 1/2015 "si è imposta come doverosa sia per evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese sia in ossequio al principio di primazia del diritto comunitario, che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria anche in corso di recepimento. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, infatti, prevede all'art. 59, paragrafo 4, secondo capoverso, la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione."

La giurisprudenza, sebbene schierata in larga misura a favore della tesi propugnata nella sentenza oggetto di commento, non ha mancato di condividere le argomentazioni fatte proprie dall'Autorità Anticorruzione. Al riguardo, si segnalano la pronuncia del Tar Campania, Sede di Napoli, Sez. I, 27 maggio 2016, e la recentissima sentenza del Tar Lazio, Sede di Roma, Sez. III, 12 settembre 2016, n. 9656. Nella prima di esse, i Giudici hanno sostenuto che il concorrente escluso dalla gara, in quanto non intenzionato ad avvalersi del soccorso istruttorio, non è tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria per le irregolarità riscontrate. Se è vero che la sanzione pecuniaria rappresenta "una misura di fiscalizzazione dell'irregolarità o dell'incompletezza documentale" e che il concorrente escluso, usufruendo del soccorso istruttorio, comporta un aggravamento dell'attività procedimentale della stazione appaltante, è altrettanto vero che l'impresa che non intenda beneficiare del soccorso istruttorio non costringe l'amministrazione ad aprire una ulteriore fase di verifica della regolarità della documentazione e non determina alcun ritardo nell'espletamento della gara poiché consente all'amministrazione di procedere celermente con le operazioni concorsuali. In ultima analisi non lede l'interesse pubblico alla rapida definizione della selezione.

### Conclusioni

De iure condito, sulla questione è (finalmente) intervenuto il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale all'art. 83, comma 9, ha disposto che la sanzione pecuniaria per tutte "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" sia dovuta "esclusivamente in caso di regolarizzazione".

Non è, tuttavia, da escludere che in relazione a tutte le procedure di gara indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 90/2014, la questione venga rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per far luce su una questione avente un notevole impatto per tutto il settore dei contratti pubblici. ■■

