

## **14. Le principali novità in tema di soccorso istruttorio di Paolo Provenzano**

### **14.1. Premessa.**

Com'è noto, la disciplina sul "soccorso istruttorio" è stata oggetto nell'ultimo lustro di tre importanti riforme. Prima dell'avvento del Codice del 2016, detta disciplina è stata anzitutto integralmente riscritta dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, con il quale si è notevolmente ampliato, rispetto al passato, il campo di operatività dell'istituto in parola, trasformando il soccorso istruttorio da "eccezione" a "regola". Con la riforma del 2014, infatti, si è spostato il focus nella verifica dei requisiti dalla forma alla sostanza, riconoscendo per la prima volta la possibilità ai concorrenti di usufruire dell'istituto in parola, non solo nei casi in cui si renda necessario chiarire il contenuto della documentazione già depositata in sede di gara, ma anche (e se del caso) qualora si renda necessario integrare l'incompleta documentazione depositata al momento della presentazione dell'offerta. Tale medesima impostazione è stata poi pedissequamente seguita anche dal Codice del 2016, che, ponendosi nel solco della novella del 2014, ha ribadito che il soccorso istruttorio consente in modo onnicomprensivo di sanare «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» (art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Sempre in linea con la novella del 2014, la disciplina originariamente prevista dal Codice del 2016 riproponeva poi il tanto controverso schema del soccorso istruttorio "a pagamento". Infatti, l'originaria versione dell'art. 83, comma 9, del Codice stabiliva che nei casi di "irregolarità essenziali" la stazione appaltante fosse tenuta ad applicare al concorrente una sanzione pecuniaria che il concorrente stesso era tenuto a corrispondere, come espressamente chiarito dal citato co. 9 dell'art. 83, «esclusivamente in caso di regolarizzazione». Tale disciplina, che risultava invero poco coerente con i criteri direttivi fissati dalla legge delega (sul punto mi sia consentito di rinviare a P. PROVENZANO, Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017, in *Diritto dell'economia*, 2017, 833), è stata, da ultimo, modificata dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (ossia dal c.d. decreto correttivo), che, come noto, ha eliminato dal suddetto comma 9 dell'art. 83, sia la poco chiara distinzione tra «irregolarità essenziali» e «irregolarità formali», sia il correlato regime sanzionatorio. Più precisamente, con il decreto correttivo, al fine di evitare che il venir meno del regime sanzionatorio potesse indurre i concorrenti a prestare meno attenzione nella predisposizione delle proprie candidature alle procedure di gara, si è previsto che il «mancato utilizzo del soccorso istruttorio» rappresenti uno dei parametri da valutare, ai sensi del comma 10 dello stesso art. 83, ai fini del c.d. rating di impresa, così passando da un regime in cui i concorrenti che usufruivano dell'istituto in parola venivano sanzionati, ad un regime in cui chi non ne usufruiva viene, viceversa, premiato. Ebbene, il quadro normativo testé sintetizzato non ha, in seguito al decreto correttivo, subito ulteriori modifiche. Ciononostante, appare comunque utile in questa sede segnalare la sentenza resa dalla CGUE il 28 febbraio 2018, nelle cause riunite C-523/16 e C-536/16, M.A.T.I. SUD S.p.A. (S. TRANQUILLI, CGUE: lo stretto perimetro di compatibilità con il diritto dell'UE del soccorso istruttorio "a pagamento", in *IAmmministrativista.it*), con la quale la Corte ha avuto modo di precisare taluni aspetti che attengono all'istituto di cui si discorre.

### **14.2. Sulla sentenza della CGUE, sez. VIII, 28 febbraio 2018, in C-523/16 e C-536/16 M.A.T.I. SUD S.p.A.**

Prima di analizzare i principi di diritto fissati dalla CGUE, pare opportuno prendere le mosse delle ordinanze di remissione da cui detta sentenza origina. Si tratta, in particolare, delle ordinanze 3 ottobre 2016 n. 10012 e 13 ottobre 2016 n. 10222, entrambe della III sezione del TAR Lazio. Dette ordinanze, pur avendo ad oggetto la disciplina (pre)vigente al Codice del 2016 (e segnatamente l'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) hanno acquisito, per via del periodo storico in cui sono state emesse (di poco successivo all'entrata in vigore del nuovo Codice e di poco antecedente all'adozione del c.d. correttivo), una rilevanza che va ben al di là della disciplina cui esse si riferivano. Si consideri, infatti, che tali ordinanze vengono addirittura richiamate nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto da cui è scaturito il d.lgs. n. 56/2017, nella quale, prima ancora che la Corte si pronunciasse sulle stesse, si è giustificata la disposta «eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento [proprio alla luce di] quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia». Ciò detto, occorre sottolineare che il TAR Lazio, operando ampi richiami anche alla disciplina contenuta nelle direttive del 2014, ha, con le citate ordinanze, chiesto alla Corte se possa, o meno, ritenersi compatibile «con i principi di massima apertura del mercato alla concorrenza (...) la stessa onerosità del soccorso istruttorio» e, in ogni caso, se possa ritenersi compatibile con il diritto euro-unitario la circostanza che l'importo della sanzione pecuniaria in questione venga stabilito «dalla stazione appaltante» e il fatto che il quantum della sanzione stessa non sia «graduabile in rapporto alla situazione concreta da disciplinare, ovvero alla gravità dell'irregolarità sanabile». Su tali quesiti pregiudiziali si è pronunciata la CGUE con sentenza del 28 febbraio 2018, che ha ribadito, in primo luogo – e questo sarebbe ovvio, se non fosse talora dimenticato –, che nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici «la direttiva applicabile (...) è, in linea di principio, quella vigente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice [ha scelto il tipo di procedura] e che, correlativamente, «sono inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di trasposizione sia scaduto dopo tale data». Chiarito che al caso in esame potevano essere applicate solamente le disposizioni delle direttive del 2004 e non anche quelle delle direttive del 2014, il cui termine di trasposizione non era ancora spirato al momento della pubblicazione del bando con cui era stata indetta la gara sub iudice, la CGUE precisa anzitutto che in base all'art. 51 della direttiva 2004/18 veniva accordata agli Stati membri la possibilità di scegliere se introdurre, o meno, nel proprio ordinamento un meccanismo di regolarizzazione delle offerte. Ne deriva, come si legge nella sentenza in commento, che nessuna disposizione della

direttiva 2004/18 «contenga precisazioni sulle modalità in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire o sulle condizioni alle quali essa può eventualmente essere soggetta». E ne deriva, altresì, che per tale saliente ragione «gli Stati membri possono (...) decidere di subordinare tale possibilità di regolarizzazione al pagamento di una sanzione pecuniaria». La Corte, dunque, non ritiene ontologicamente incompatibile con il diritto UE la previsione di una sanzione pecuniaria cui assoggettare il concorrente che usufruisca della possibilità, lui accordata, di regolarizzare in via postuma la propria offerta. Muovendo da tale assunto la Corte precisa, richiamando la propria pertinente giurisprudenza, quali debbano comunque ritenersi le “colonne d’Ercole” che l’Amministrazione aggiudicatrice non può in ogni caso superare nel consentire ai concorrenti di emendare gli eventuali errori commessi in sede di predisposizione delle proprie domande di partecipazione. Viene così affermato che il richiamato art. 51 non consente di «ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti di gara, devono portare all’esclusione dell’offerente» (CGUE, 6 novembre 2014, in C-42/13, Cartiera dell’Adda) ed ancora, da un lato, che «una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell’appalto» (CGUE, 11 maggio 2017, in C-131/16, Archus e Gama), e dall’altro, che i meccanismi di regolazione non possono mai «condurre alla presentazione, da parte dell’offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta» (CGUE, 29 marzo 2012, in C-599/10, SAG ELV Slovensko). Fissati tali principi, la Corte si è occupata del secondo aspetto sottoposto alla sua attenzione, ossia la compatibilità con la normativa euro-unitaria della previsione di una sanzione fissa che, come tale, prescinde dalla «natura delle regolarizzazioni operata dall’offerente negligente».

#### **14.3. Brevi osservazioni.**

Riassumendo e concludendo, si può ritenere che dalla richiamata sentenza della CGUE si possano trarre dei principi interpretativi validi con riferimento a tutte e tre le discipline in materia di soccorso istruttorio che si sono succedute (o meglio stratificate) in questi ultimi cinque anni e che continuano – giova precisarlo – a trovare ancora oggi applicazione a seconda della data in cui è stato pubblicato il bando di gara. Da detta sentenza, più precisamente, si evince che la previsione di un “prezzo” da far pagare al concorrente che intenda regolarizzare la propria offerta non sia di per sé incompatibile con il diritto dell’UE, a condizione, che lo stesso risulti essere parametrato alla gravità dell’errore che a fronte del suo pagamento si intende emendare. Ma oltre a tale principio, che rileva ovviamente solamente nei casi in cui si applichi la disciplina antecedente al correttivo, dalla richiamata sentenza se ne evince anche un altro, avente, di contro, portata generale e cioè il principio secondo cui il soccorso istruttorio non può e non deve rappresentare lo strumento per ovviare a qualsivoglia omissione commessa dai concorrenti. D’altronde, la sanabilità di ogni omissione sarebbe all’evidenza incompatibile con il principio di par condicio tra i concorrenti, al cospetto del quale il principio di massima partecipazione deve certamente recedere.