In che modo sottrarre agli avvocati il contenzioso sugli appalti pubblici (riflessioni a margine della nuova disciplina del soccorso istruttorio)*

Il soccorso istruttorio: la nuova disciplina

Il punto di partenza della riflessione è la nuova disciplina del soccorso istruttorio.

La norma ora vigente è quella posta dall'articolo 83 comma 9 del codice dei contratti pubblici, come modificato dal "correttivo" (decreto legislativo 56 del 2017) [1].

Nell'evoluzione normativa, il soccorso istruttorio è stato ora definitivamente privato di quel carattere sanzionatorio che lo accompagnava[2].

Ed è progressivamente divenuto un istituto generale, che vale per le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con l'eccezione di ciò che è afferente all'offerta tecnica e a quella economica.[3]

Insomma, un istituto che non impone più quella distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali cui era prima ricondotta l'applicazione della sanzione pecuniaria (tutte sono ora sanabili gratuitamente); e che vale per la documentazione amministrativa (quella che sta alla base del provvedimento sulle ammissioni ed esclusioni, ora da impugnarsi autonomamente ai sensi dell'articolo 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo).

Gli obiettivi

La nuova disciplina risponde a condivisibili obiettivi di estensione della partecipazione alle gare, in una prospettiva sostanzialistica volta a togliere rilievo a carenze soltanto formali.

A ragione il Consiglio di Stato rileva che la nuova formulazione dell'art. 83, comma 9 del codice consente al soccorso istruttorio di assumere "*un rilievo centrale, per un efficiente svolgimento della procedura di gara, anche in funzione di prevenzione del contenzioso*"[4].

La nuova disciplina appare in linea con la direttiva 24 del 2014[5], e più in generale con gli obiettivi comunitari di tutela della concorrenza e di massima partecipazione.

E appare altresì in sintonia con la legge delega alla base del codice, che tra i criteri prevede espressamente la gratuità del soccorso istruttorio[6].

L'amplificazione degli effetti

Gli effetti della generalizzazione dell'istituto sono peraltro amplificati da alcune estensioni giurisprudenziali.

Si tratta in primo luogo dell'ammissione del soccorso istruttorio "postumo", nel senso di successivo all'aggiudicazione.

Si ritiene infatti che non vi sia nessun ostacolo derivante da barriere temporali tra la fase delle ammissioni e quella di valutazione delle offerte, né tra la fase precedente e quella successiva all'aggiudicazione: il soccorso istruttorio trova applicazione anche dopo l'aggiudicazione, perché ciò è in linea con la *ratio* dell'istituto, che ora si applica "*a qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, in relazione ai requisiti e condizioni di partecipazione, purché sussistenti alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta*" (salva ovviamente l'immodificabilità del contenuto dell'offerta). [7]

E si tratta, in secondo, luogo del soccorso istruttorio processuale: il soccorso istruttorio, cioè, trova applicazione anche se la carenza è rilevata in un giudizio, e ciò senza che si determini una lesione della *par condicio*.

Il soccorso istruttorio, insomma, "*deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendosene avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo* (…)".[8]

Le conseguenze

L'obbligo della stazione appaltante di procedere al soccorso istruttorio anche dopo l'aggiudicazione, così come l'applicazione del soccorso istruttorio da parte del giudice, potranno avere conseguenze fattuali.

Potrà cioè derivarne la tendenza a una maggiore superficialità nella presentazione della documentazione di gara da parte delle imprese.

Ciò è già stato rilevato dal Consiglio di Stato[9], che aveva prospettato al riguardo la

possibilità di addebitare ai concorrenti negligenti le maggiori spese[10]; e – soprattutto – che ha proposto di considerare l'utilizzo del soccorso istruttorio come elemento negativo ai fini del rating d'impresa[11] (indicazione che è stata puntualmente seguita dal legislatore[12]).

Potrà inoltre derivarne la tendenza a una maggiore superficialità nella verifica della documentazione da parte delle stazioni appaltanti.

I possibili effetti sulla verifica dei requisiti

Da questo secondo punto di vista, va ricordato che la verifica dei requisiti va fatta prima dell'ammissione[13].

E dover procedere in tale fase alla verifica di tutte le domande, spesso non dev'essere un adempimento di lieve entità per la stazione appaltante[14].

Non c'è dubbio che se la verifica manca – o è incompleta – vi è una violazione di legge, e dunque una illegittimità dell'operato della stazione appaltante.

Ma il punto è in che modo possano essere fatte valere simili illegittimità.

In particolare, la possibilità dell'impugnativa del provvedimento sulle ammissioni potrebbe non dissuadere una stazione appaltante dal rimandare la verifica a un momento successivo, prima o anche dopo l'aggiudicazione, limitando drasticamente il numero delle offerte da verificare (al solo aggiudicatario) [15].

Ma, dopo il provvedimento di ammissione, scattano i termini per la sua impugnazione, ai sensi dell'articolo 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo.[16]

Le contestazioni non tempestive saranno dunque inammissibili.

E, ove fossero tempestive, comunque il soccorso postumo o quello processuale potrebbero poi vanificarle se le successive verifiche rivelassero, al più, delle mancanze sanabili con il soccorso istruttorio.

Le ragioni del soccorso postumo e processuale

Si capiscono bene le ragioni dell'estensione giurisprudenziale del soccorso istruttorio.

Quella di evitare iniquità, innanzitutto. Non c'è ragione di escludere chi non sarebbe stato escluso se si fosse utilizzato il soccorso istruttorio. Altrimenti, l'impresa "*sarebbe privata della possibilità di stipulare il contratto, pur disponendo, in via sostanziale, dei necessari requisiti*"[17].

E quella – non meno importante – di evitare responsabilità risarcitorie della stazione appaltante che non abbia attivato il soccorso istruttorio: "*Né va trascurato il rischio che l'impresa aggiudicataria, privata del contratto e della possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, potrebbe azionare una domanda risarcitoria nei confronti della stazione appaltante*" [18].

La prospettiva dell'avvocato (e della tutela)

Però, proviamo a cambiare la prospettiva.

I ricorsi al giudice amministrativo in tema di appalti sono sempre meno: lo spropositato contributo unificato che su di essi grava crea un'importante barriera economica.

Quando il ricorso lo si fa, incontra barriere procedimentali francamente ingiustificate: mi riferisco all'obbligo di impugnazione immediata del provvedimento che dispone ammissioni ed esclusioni, ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo.

Vi sono barriere in tema di accesso[19].

E sempre meno ricorsi sono accolti[20], delineandosi sempre più una tendenza "rigettista" del giudice amministrativo.

E quando alla fine l'avvocato giunge a fare ricorso, e si tratta di un ricorso che individua un'oggettiva carenza nell'offerta del controinteressato (il che consentirebbe dunque l'annullamento dell'ammissione e/o dell'aggiudicazione), in quel momento il soccorso istruttorio processuale fa sì che anche il ricorso accoglibile non possa essere accolto.

Una sentenza inutile

In particolare, il Consiglio di Stato ricostruisce il soccorso istruttorio processuale nei seguenti termini[21].

Il giudice dovrebbe accertare la carenza della documentazione allegata all'offerta e annullare i provvedimenti della stazione appaltante.

Ma ciò "*non appare compatibile con il principio di concentrazione delle tutele e con la naturale proiezione del processo verso la rapida definizione del contenuto sostanziale del rapporto controverso*".

Il giudice può quindi "*limitarsi ad accertare (…) i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagni anche una carenza sostanziale del requisito (…), dichiarare, alla luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo*".

Dunque, non c'è ragione di annullare: "*un tale accertamento renderebbe inutile l'ulteriore pronuncia costitutiva deputata a privare d'effetto l'aggiudicazione, poiché l'ulteriore procedimento amministrativo che ne scaturirebbe non potrebbe che essere una mera riproduzione, in forma amministrativa, del percorso giudiziale già effettuato nel contraddittorio della parti sotto la supervisione del giudice*".

In questo modo si giunge a una sentenza inutile per chi si è rivolto al giudice, e inutilmente onerosa (il contributo unificato probabilmente non verrà neppure restituito).

Il contenzioso utile

L'inquadramento dato dalla giurisprudenza al soccorso istruttorio, e gli effetti che ne derivano sul sistema, creano complicazioni che non è questa la sede per approfondire (basti pensare al tema delle variazioni ai fini del calcolo delle medie e dell'individuazione delle soglie di anomalia)[22].

Ma, a prescindere dalle complicazioni, i presupposti dell'inquadramento paiono ragionevoli e condivisibili: deve cioè contare meno la forma, se non vengono lesi gli altri principi dell'affidamento degli appalti.

Per usare le parole del Consiglio di Stato, è "*meritorio l'obiettivo di consentire sempre la scelta della migliore offerta*" – "*all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione*" – "*attenuando il rigore sanzionatorio delle regole formali*

di gara" e imponendo all'amministrazione di accettare la regolarizzazione in luogo dell'esclusione [23].

Ma allora, se con il soccorso istruttorio così "allargato", postumo e processuale, c'è già un modo efficace di eliminare il contenzioso per così dire inutile, quello causidico,[24] perché porre tante barriere al contenzioso utile, quello non più su cavilli formali[25] ma sulla sostanza, sull'offerta e sulla sua valutazione?

O, peggio ancora, il soccorso istruttorio "allargato", di per sé destinato a bloccare il contenzioso inutile, venendo a inserirsi in un sistema già caratterizzato da barriere artificiose, finisce per accentuarne i caratteri negativi bloccando anche il contenzioso utile?

In conclusione

C'è modo e modo di sottrarre agli avvocati il contenzioso sugli appalti pubblici.

Quello che consegue alla nuova disciplina del soccorso istruttorio e alla sua estensione giurisprudenziale – di per sé considerato – può anche sembrare giusto[26].

Il punto è che non può essere considerato di per sé. Tutto va visto in una logica di sistema.

Se l'introduzione di una barriera temporale come quella dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. impone di impugnare immediatamente le ammissioni, l'estensione del soccorso istruttorio oltre tale barriera produce effetti in termini di concreta impossibilità di far valere i vizi di un'attività istruttoria che avrebbe dovuto svolgersi prima delle ammissioni e non dopo.

E tutto ciò in sinergia con l'inaccettabile duplicazione del contributo unificato.

Insomma, il modo di sottrarre agli avvocati il contenzioso sugli appalti pubblici che conduce – nel suo complesso – a rendere concretamente impossibile rivolgersi a un giudice, pregiudicando il diritto di tutela (e così ledendo valori costituzionali), è sicuramente sbagliato.

Stefano Bigolaro

*Il presente intervento riprende l'analogo contributo pubblicato in *"La professione del*

giurista – Scritti in onore di Luigi Manzi" – Editoriale scientifica, Napoli, 2018

[1] Dopo il correttivo, il testo dell'art. 83 co. 9 del codice così dispone: "*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.*"

In realtà, sono forse vigenti tre diversi regimi a seconda della data in cui la procedura sia iniziata (se è iniziata prima del D.Lgs. 50/2016, in base all'art. 216 di quest'ultimo la procedura è retta dagli art. 38, co. 2 bis, e 46, co. 1 ter, del D.Lgs. 163/2006; se è iniziata dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016 ma prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 56/2017 è retta dall'originario disposto dell'art. 83 co. 9 del codice; se è iniziata dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 56/2017, si applica la nuova formulazione dell'art. 83 co.9). Sempre che non si ritenga che il nuovo testo dell'art. 83 co. 9 sia fin d'ora immediatamente applicabile a tutti i procedimenti, operando una etero-integrazione dei bandi di gara (ciò che forse appare preferibile: perché dovrebbe essere applicata una sanzione che non è più prevista normativamente?).

[2] In una prima fase l'istituto veniva anzi inteso come volto a sanzionare tutti i concorrenti da soccorrere, indipendentemente dalla loro volontà di farsi soccorrere; mentre in una fase successiva la sanzione è stata considerata il prezzo per regolarizzare la domanda di chi volesse farlo: cfr. Cons. Stato, sez. V, 16.1.2017 n. 92; cfr. altresì il quarto periodo del disposto originario dell'art. 83 co. 9 del codice contratti: "*La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione*".

[3] L'estensione del soccorso istruttorio è divenuta così ampia che forse è più semplice definirla in negativo: cfr. Andrea Manzi – Paolo Caruso, "*Il nuovo soccorso istruttorio*", in Urbanistica e appalti, 8-9/2016: "*l'estensione del soccorso – già ad opera dell'art. 38, comma 2 bis – sostanzialmente a ogni ipotesi di necessità di regolarizzazione (le "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", la "mancanza, l'incompletezza e ogni altra*

irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo", i "casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali"), e quindi non solo a mere irregolarità formali ma anche a incompletezze o mancanze vere e proprie, fa sì che il campo di applicazione generale dell'istituto sia definibile più che altro in termini negativi, e cioè attraverso l'individuazione di ciò che certamente non può essere oggetto di soccorso".

[4] Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 sul correttivo, parere n. 432/2017.

[5] Cfr. art. 56, co. 3: "*Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*".

[6] Legge 11/2016, art. 1 co. 1, lett. z): "*riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta*".

[7] Così TAR Lazio, sez. II, 3541/2017.

[8] Cons. Stato, sez. III, 975/2017

[9] "*L'eliminazione delle sanzioni per il soccorso istruttorio priva il sistema dell'unico strumento di deterrenza, e potrebbe implicare il generalizzarsi di comportamenti poco virtuosi degli operatori, di disattenzione o di negligenza, con il rischio concreto di un ulteriore allungamento delle procedure*": Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 sul correttivo, parere n. 432/2017.

[10] "*A fronte dell'ampio perimetro di operatività del soccorso istruttorio, è ragionevole far gravare sul concorrente che vi ha dato causa, se non una sanzione, quanto meno le spese sostenute dalla stazione appaltante (e in ultima analisi dalla collettività) derivanti dall'aggravio procedimentale e dalla dilatazione dei tempi necessari per realizzare la prescritta integrazione documentale*": parere n. 432/2017 cit.

[11] "*Una possibile soluzione a diritto vigente potrebbe essere quella di considerare la non necessità di ricorso alla procedura di soccorso istruttorio un indizio della virtuosità dell'impresa, e dunque un elemento valutabile ai fini del rating di impresa. In tal senso potrebbe essere implementato l'art. 83, comma 10*": parere n. 432/2017 cit.

[12] Cfr. art. 83 co. 10 codice, come modificato dal correttivo *"(…) I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, (…)*".

[13] Cfr. art. 29, co. 1, del codice, ove si fa riferimento al provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni "*all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali*". Analogamente, l'art. 120, co. 2 bis, c.p.c.

[14] Prescindo qui dalla natura dell'attività di verifica richiesta alla stazione appaltante prima dell'ammissione, che pure pone numerosi interrogativi.

E' sufficiente basarsi sulle attestazioni? O è invece necessario raccogliere quei documenti cui poi dovranno aggiungersi i documenti complementari, ai sensi dell'art. 85, co. 5, del codice, in funzione di comprova dei requisiti?

La domanda non è capziosa, dal momento che l'esistenza di un autonomo provvedimento sulle ammissioni rende incerta la logica di un sistema in cui le ammissioni si basi solo su attestazioni. E se poi i requisiti attestati non vi siano? Sarà illegittimo il provvedimento di ammissione che si basa su attestazioni non corrispondenti al vero, per il fatto che non ne siano stati verificati i contenuti? Potrà essere impugnato il provvedimento di ammissione per la sola ragione della mancanza dei requisiti, a prescindere dal fatto che l'attestazione della loro esistenza vi fosse?

[15] In realtà, in questa prospettiva la verifica potrebbe finire per confondersi con la comprova dei requisiti di cui all'art. 85, co. 5, II periodo, del codice.

Anche se non dovrebbe essere così. Cfr. Andrea Manzi – Paolo Caruso, "*Il nuovo soccorso istruttorio*", in Urbanistica e appalti, 8-9/2016: "*Si può aggiungere che questa procedura di soccorso istruttorio, così tipizzata e disciplinata dall'art. 83, comma 9, dovrebbe essere applicabile esclusivamente in questa fase della procedura di gara, e cioè nella fase dedicata alla verifica iniziale delle condizioni di ammissione dei concorrenti, e non va confusa con le*

ulteriori ipotetiche occasioni di integrazione documentale che si possono verificare più avanti nella gara allorché, in applicazione dell'art. 85, comma 5, la stazione appaltante intenda chiedere agli offerenti "in qualsiasi momento nel corso della procedura" di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi "qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura", ovvero, prima dell'aggiudicazione, richieda all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto e al secondo classificato di presentare documenti complementari aggiornati. In questi casi, l'art. 85, comma 5, prevede che "la stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87", ma evidentemente al di fuori della straordinaria procedura di cui all'art. 83, comma 9, di cui non condivide, stando alla lettera delle norma, le connotazioni essenziali, essendo limitata alla mera facoltà di integrazione, essendo apparentemente facoltativa e non doverosa, non essendo previsto un termine perentorio per l'adempimento, un onere, una sanzione".

[16] E' appena il caso di ricordare che le difficoltà dell'accesso in questa fase condizionano la stessa possibilità di impugnazione. In particolare, potrebbe essere rilevante il fatto che l'art 29 del codice, pur dopo il correttivo, non si riferisca alla documentazione, ma agli atti: "*Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni (…).*

Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e concorrenti (…) di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione."

[17] Cons. Stato, sez. III, 975/2017

[18] Cons. Stato, sez. III, 975/2017

[19] In sintesi: non vi è più la possibilità di accesso nei 10 giorni prevista dall'art. 79, co. 5 quater, del D.Lgs. 163/2016; si applica invece la legge 241 (con i 30 giorni procedimentali "standard" che certo non sono compatibili con i ristretti tempi dell'impugnazione, con tutte le problematiche ben note, in specie sul "dies a quo", e variamente risolte in giurisprudenza); e la regola è quella del differimento dell'accesso (almeno quanto alle offerte) a dopo l'aggiudicazione. Cfr. art. 53, co. 1 e 2, del codice.

[20] Nonostante i ricorsi proposti siano ormai quelli che proprio non si può fare a meno di proporre – anzi, una parte di quelli che non si può fare a meno di proporre – perché promuovere un giudizio è divenuto una sorta di "extrema ratio" cui gli avvocati, prima ancora dei loro clienti, si accingono malvolentieri.

[21] Cons. Stato, sez. III, 975/2017

[22] Dispone al riguardo l'art. 9, co. 15, del codice: "*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*".

Ed invero, se mancasse una compiuta verifica su tutte le domande – concentrandosi la stazione appaltante sulla comprova dei requisiti e usando in quella sede il soccorso istruttorio – non vi sarebbe certezza sul "parterre" dei concorrenti cui fare riferimento.

[23] Cons. Stato, sez. III, 975/2017

[24] Che poi spesso inutile non è, perché impone di distinguere e di capire se alle carenze in ipotesi formali corrispondano o no situazioni rilevanti per la stazione appaltante e per i concorrenti.

[25] L'espressione piace ai politici e alla stampa, e la si usa qui solo per rendere l'idea.

[26] Ma non è dubbio che una sottrazione di questioni al vaglio giudiziario in concreto ci sarà.