

## **Soccorso istruttorio a pagamento in materia di appalti: contraria ai principi di proporzionalità e massima concorrenza la sanzione pecuniaria manifestamente esorbitante**

*di Francesca Ballore*

**Title:** Paid assistance in public procurement: the manifestly exorbitant pecuniary sanction is contrary to the principles of proportionality and maximum competition

**Keywords:** Paid assistance, Principle of proportionality, Financial penalty..

1. – La sentenza in epigrafe, che traccia i confini di legittimità dell'istituto del vecchio «soccorso istruttorio a pagamento» (art. 38 comma 2 *bis* d.lgs 163/2006), giunge all'indomani delle novelle legislative che hanno introdotto il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016), nell'ambito del quale l'istituto *de quo* si presenta significativamente modificato.

Occasione della pronuncia sono due questioni pregiudiziali sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia Europea dal Tribunale amministrativo per il Lazio riguardanti la legittimità, sotto il profilo del rispetto delle norme europee e segnatamente degli articoli 45 e 51 della direttiva 2004/18/CE, del predetto istituto.

La decisione, pur riguardante un istituto che, nelle sue precedenti vesti, è destinato a trovare residua applicazione alle controversie sorte sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, si rivela di significativa importanza nella misura in cui richiama l'attenzione degli Stati membri, in questo caso dell'Italia, al rispetto dei principi europei di «proporzionalità», «trasparenza» e «massima concorrenza» nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici.

Più precisamente la Corte, con cautela e sottolineando i vari profili di discrezionalità di cui godono i singoli stati nel realizzare gli obiettivi dell'Unione, non esita, tuttavia, a prendere posizione in ordine alla compatibilità con il diritto europeo del soccorso istruttorio italiano sia sotto il profilo dell'onerosità del medesimo che della misura della relativa sanzione.

2. – Due le controversie alla base della pronuncia.

La prima, tra MA.TI. SUD S.p.a. e Centostazioni s.p.a., riguarda un appalto avente ad oggetto le attività integrate di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché del servizio energia presso i complessi immobiliari delle stazioni ferroviarie.

La seconda, tra Duemme SGR S.p.a. e CNPR (Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e periti commerciali), attiene ad una procedura aperta indetta dal CNPR per la sottoscrizione di un accordo quadro da assegnare a cinque distinti soggetti imprenditoriali cui affidare la gestione del proprio

patrimonio mobiliare.

I bandi di gara di ambedue le procedure disponevano espressamente l'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento come metodo di regolarizzazione gli eventuali vizi delle offerte presentate.

In particolare, il bando di gara pubblicato da Centostazioni s.p.a. prevedeva, al punto VI.3 lettera w), la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere la regolarizzazione, pena l'esclusione dalla procedura, di ogni offerta incompleta o irregolare, previo pagamento da parte dell'offerente di una sanzione pecuniaria pari ad € 35.000.

Il bando della procedura indetta da CNPR, allo stesso modo, richiamava la possibilità per l'offerente di integrare e/o regolarizzare l'offerta previo pagamento di sanzione pecuniaria, fissata stavolta nella somma di 50.000 euro.

In entrambe le procedure, le concorrenti (MA.TI SUD S.p.a. per Centostazioni s.p.a. e Duemme SGR S.p.a. per CNPR) presentavano offerte che, secondo l'amministrazione aggiudicatrice, risultavano carenti di alcuni elementi espressamente richiesti dal disciplinare di gara e, pertanto, venivano invitate a regolarizzarle previo pagamento delle relative sanzioni previste dal bando.

Nel caso di MA.TI SUD S.p.a., essendo questa stata nominata capogruppo dalle imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo d'impresе, l'irregolarità consisteva nella mancata sottoscrizione, da parte del suo legale rappresentante, della dichiarazione effettuata da tutte le imprese del raggruppamento e contenente l'impegno, in caso di affidamento del lotto, a conferirle mandato speciale collettivo con rappresentanza.

La Duemme SGR S.p.a., invece, aveva omesso di allegare all'offerta le dichiarazioni sull'onore attestanti che il suo vicepresidente e il suo amministratore delegato non erano stati oggetto di alcuna sentenza definitiva di condanna.

Le concorrenti, tuttavia, pur provvedendo a regolarizzare le rispettive offerte come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice, contestavano la debenza della sanzione pecuniaria nonché il suo elevato importo e presentavano ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio chiedendo l'annullamento della sanzione.

Nella sostanza, dunque, si finisce per disquisire intorno alla legittimità di sanzioni economiche, peraltro elevate, che non prevedano una graduazione delle irregolarità poste in essere dalle concorrenti, anche commisurata all'effettivo aggravio procedimentale provocato sull'attività dell'amministrazione.

3. – In considerazione di ciò, il Giudice *a quo* ritiene di dover rimettere alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali identiche per ambedue le controversie.

L'una interroga la Corte sulla compatibilità dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento con la disciplina europea (articoli da 45 a 51 della direttiva 2004/18/CE e art. 59, paragrafo 4, comma secondo, della direttiva 2014/24/UE) nella misura in cui la somma richiesta dall'amministrazione a titolo di sanzione abbia un importo eccessivamente elevato e venga applicata automaticamente ad ogni fattispecie di irregolarità essenziale accertata, senza poter essere graduata in ragione dell'aggravio procedimentale che l'irregolarità dell'offerta comporta.

Sottolinea, infatti, il T.a.r. Lazio che, sebbene l'istituto del soccorso istruttorio contenuto nel Codice dei contratti pubblici italiano costituisca una declinazione di quanto previsto dall'art. 51 della direttiva 2004/18, che consente di integrare o chiarire i certificati che accompagnano le offerte nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, la disciplina europea non prevede alcuna sanzione pecuniaria a carico degli operatori economici sollecitati a regolarizzare le proprie offerte.

Inoltre, l'importo delle sanzioni previste dai bandi di gara oggetto delle controversie (50.000 e 35.000 euro) apparirebbe manifestamente sproporzionato rispetto all'aggravio procedimentale che l'amministrazione aggiudicatrice si trova ad affrontare nel caso di regolarizzazione delle offerte; aggravio che in genere consiste in un ritardo di

qualche giorno sulla procedura.

Così strutturata, allora, la normativa italiana si rivelerebbe, non solo in contrasto con il principio di proporzionalità, ma anche lesiva della parità di trattamento, atteso che la sanzione non varia in funzione della gravità dell'irregolarità contenuta nell'offerta.

Con l'altra questione sottoposta alla Corte, il T.a.r. Lazio si domanda, poi, se la stessa onerosità del soccorso istruttorio non sia conforme al diritto europeo nella misura in cui può contrastare con il principio di massima apertura del mercato alla concorrenza.

Condivisibilmente il giudice *a quo* sottolinea, infatti, che la previsione di una sanzione pecuniaria, peraltro di importo così elevato, potrebbe esercitare (soprattutto) sulle piccole e medie imprese un effetto dissuasivo dalla partecipazione alle gare pubbliche, con conseguente restringimento della concorrenza.

4. – Prima di procedere alla trattazione del ricorso nel merito, la Corte in via preliminare provvede a ricostruire la disciplina europea che trova effettiva applicazione ai casi di specie.

Afferma, infatti, che le norme invocate dal giudice del rinvio, ossia l'art. 51 della direttiva 2004/18 e l'art. 59, paragrafo 4, comma secondo della direttiva 2014/24/UE, con le quali sarebbe stato in contrasto l'art. 38 comma 2 *bis* del vecchio codice appalti italiano, non trovano applicazione *ratione temporis* ai casi di specie.

In particolare, non è applicabile la direttiva 2014/24/UE poiché il termine di recepimento della medesima era fissato in aprile 2016 ed entrambi i bandi di gara oggetto della controversia sono precedenti a tale data.

A trovare applicazione, al contrario, è invece la direttiva 2004/17.

La Corte evidenzia quindi che, pur non contenendo la direttiva 2004/17 disposizioni equivalenti a quelle dell'art. 51 direttiva 2004/18, che espressamente prevedono un intervento della pubblica amministrazione in funzione correttiva delle irregolarità delle offerte presentate dai concorrenti, tale *modus operandi* in altre occasioni è stato riconosciuto come legittimo dalla Corte, a condizione che venisse esercitato rispettando il principio della parità di trattamento e che non si risolvesse nella presentazione di una nuova offerta (sul punto, si vedano la recente sentenza 11.05.2017, *Archus e Gama*, C-131/16 e l'ulteriore pronuncia del 29.03.2012, *SAG ELV Slovensko* e a., C-599/10).

La questione, dunque, colta nella sua essenzialità dalla Corte, in definitiva attiene più generalmente alla compatibilità del soccorso istruttorio a pagamento con i principi europei in materia di appalti, in particolare il principio della parità di trattamento, della proporzionalità, della trasparenza e della massima concorrenza.

5. – Dapprima, i giudici di Lussemburgo chiariscono che il diritto europeo non osta a che uno Stato membro preveda la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito di una procedura di gara, di invitare gli offerenti a regolarizzare le offerte viziate da irregolarità essenziali.

Allo stesso modo, astrattamente non contrasta con il diritto europeo subordinare l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, alla stregua di quanto prevedeva il previgente art. 38, comma 2 *bis* del dlgs n. 163/2006.

Il soccorso istruttorio è precluso, invece, come più volte evidenziato anche in precedenza dalla Corte (sul punto, si vedano le citate sentenze *Archus e Gama* e *SAG ELV Slovensko*), quando conduca di fatto alla presentazione di una nuova offerta oppure quando sia volto ad integrare l'offerta di elementi richiesti a pena di esclusione ai sensi del bando.

Chiariti questi punti, la Corte giunge al cuore del problema e mette in evidenza il ruolo dei principi dell'Unione nel delimitare i confini di legittimità dell'istituto.

Quanto al principio di proporzionalità, valorizza il ruolo dei giudici di merito nazionali i quali per primi sono deputati a valutare se la sanzione pecuniaria prevista per l'operatività del soccorso istruttorio e posta a carico dell'offerente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sia effettivamente proporzionata al vizio riscontrato

ed all'aggravio procedimentale che la regolarizzazione dell'offerta ha comportato nell'economia della procedura.

Tuttavia, la Corte lussemburghese non trascura di fornire indicazioni utili alla valutazione della proporzionalità della sanzione.

Preso atto del fatto che l'art. 38 comma 2 *bis* prevede che l'esercizio del soccorso istruttorio sia accompagnato da una sanzione pecuniaria il cui importo deve essere fissato dall'amministrazione rispettando i limiti minimi e massimi stabiliti dalla norma, la Corte rileva un primo profilo di criticità.

In effetti, accogliendo quanto già rilevato dal T.a.r. Lazio in sede di rimessione delle questioni pregiudiziali, i giudici europei evidenziano che non appare conforme al principio di proporzionalità la previsione, nell'ambito del soccorso istruttorio, di una sanzione predeterminata il cui importo non possa variare in funzione della gravità del vizio dell'offerta.

Condivisibilmente la Corte evidenzia che, se la sanzione pecuniaria ha il duplice fine di responsabilizzare i partecipanti alla gara i quali, per non incorrere nella sanzione stessa, saranno presumibilmente indotti a predisporre con cura e diligenza le loro offerte, e di compensare l'aggravio procedimentale causato dall'operatività del soccorso istruttorio, tali obiettivi devono essere comunque realizzati utilizzando mezzi idonei e tali da non pregiudicare il principio di proporzionalità e gli altri principi europei.

Al fine di garantire la serietà delle offerte e la celerità della procedura di aggiudicazione, sarà allora sufficiente che gli importi delle sanzioni siano congrui al vizio dell'offerta ed al tipo di aggravio arrecato alla procedura.

Eccedere con importi troppo alti e non rapportati al vizio in concreto riscontrato significherebbe violare il principio di proporzionalità e - anche se tale concetto non è esplicitato, pare potersi leggere tra le righe - gli altri principi europei, quali la parità di trattamento, che impone di trattare situazioni diverse in modo differente, e il principio della massima concorrenza.

458

Non vi è dubbio, infatti, che l'imposizione di una sanzione troppo onerosa possa indurre le imprese, soprattutto quelle medie e piccole che hanno uno scarso potere economico ed a favore delle quali più volte l'Unione europea ha previsto disposizioni volte a favorirne la partecipazione (si pensi alla suddivisione in lotti degli appalti, ove possibile), a non partecipare alla gara onde non rischiare di incorrere nel pagamento della sanzione a causa di un'eventuale irregolarità dell'offerta (sul punto v. A. Romano, *Il soccorso istruttorio oneroso: breve parabola di un istituto*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2017, 5)

Si finirebbe così per privilegiare, almeno indirettamente, imprese più grandi, che potrebbero aggiudicarsi la gara con maggiore facilità e magari senza dover neppure presentare offerte particolarmente vantaggiose. Con ulteriore detrimento - verrebbe da aggiungere - della qualità delle prestazioni che, come il mercato insegna, peggiora con il diminuire della concorrenza.

Pur senza procedere a tali ultime deduzioni, che tuttavia sembrano potersi intravedere abbastanza chiaramente nella pronuncia e che si è inteso richiamare in questa sede, la Corte, passando più precisamente alla valutazione delle sanzioni previste dai bandi di gara oggetto di controversia, afferma che queste «appaiono di per sé manifestamente esorbitanti, tenuto conto dei limiti entro i quali devono mantenersi sia la regolarizzazione di un'offerta a titolo dell'art. 51 della direttiva 2004/18 sia il chiarimento di un'offerta nell'ambito della direttiva 2004/17».

Definitivamente pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali sottoposte alla sua attenzione, la Corte afferma allora che i principi dell'Unione in materia di appalti e, in particolare, quelli di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, non ostano a una normativa nazionale che, a fronte dell'esercizio del soccorso istruttorio, preveda il pagamento a carico dell'offerente di una sanzione pecuniaria, «purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare».

Di contro, la Corte afferma che quegli stessi principi e disposizioni europee ostano

a una normativa nazionale che preveda l'esercizio del soccorso istruttorio a pagamento per sanare la mancanza di un documento che, secondo il bando di gara, dovrebbe portare all'esclusione dell'offerente oppure per porre rimedio a irregolarità che, una volta sanate, finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta.

In altri termini, dunque, si esclude che il soccorso istruttorio giunga ad alterare ingiustificatamente la libera competizione tra imprese per l'aggiudicazione dell'appalto.

6. – Quanto affermato dai giudici europei in ordine alle criticità del vecchio soccorso istruttorio a pagamento sembra in linea con le tendenze che andavano già registrandosi sul piano nazionale e che si sono concretizzate con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016) ed anzi, più precisamente, con il correttivo successivamente approvato (d.lgs 56/2017).

La previsione di una sanzione pecuniaria, peraltro predeterminata e non graduabile, che accompagnasse l'esercizio del soccorso istruttorio è stata, infatti, talvolta valutata poco conforme alla *ratio* stessa dell'istituto che, come noto, proprio in un'ottica di valorizzazione dei principi europei in materia di appalti, era stato introdotto al fine di garantire il *favor participationis* delle imprese alle procedure di aggiudicazione pubbliche (sull'opportunità della sanzione pecuniaria in tema di soccorso istruttorio, cfr. G. Pesce, *Il processo amministrativo alla luce del d.l. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Nuovo Dir. Amm.*, 2014, 166; E. Cerasaro, *Il difficile approdo alla non onerosità del soccorso istruttorio*, in *italiappalti.it*, 2017, 1-13).

La sanzione pecuniaria appariva come un ulteriore onere che, unito ai molti già previsti dal Codice dei contratti pubblici, anziché rivelarsi utile a responsabilizzare il concorrente nel curare tutti gli elementi della propria offerta, lo scoraggiava dalla partecipazione stessa alla gara, soprattutto quando la sanzione fosse sensibilmente elevata ed il partecipante debole dal punto di vista economico.

Tuttavia, non si mancava di evidenziare anche come la sanzione fosse, in effetti, l'unico e solo strumento predisposto per tutelare l'interesse pubblico alla celerità della procedura di aggiudicazione ed alla serietà delle offerte (sul punto, vedi T.a.r. Parma, sent. n. 66/2016, dove si afferma che la sanzione ha «l'obiettivo di indurre i concorrenti alla presentazione di offerte serie e ponderate evitando inutili aggravii procedurali»; v. anche T.a.r. Palermo, sent. n. 1043/2016; T.a.r. L'Aquila, sent. n. 784/2015).

Il T.a.r. Lazio, pur richiamando anche tale ultimo aspetto, ha condiviso le osservazioni sopra citate, contestando l'importo e l'onerosità stessa dell'istituto in punto di compatibilità con il diritto europeo, ed ha appunto sollevato le questioni pregiudiziali che hanno dato origine alla pronuncia della Corte esaminata in questa sede.

Nelle more del ricorso pregiudiziale e prima della pubblicazione della sentenza in commento, a seguito di legge delega n. 11 del 2016 il legislatore italiano, al fine di conformarsi al diritto europeo e in particolare alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, provvedeva a riscrivere la disciplina dei contratti pubblici e, con essa, quella del soccorso istruttorio.

Nella sua prima nuova versione, l'istituto, disciplinato dall'art. 83, comma 9 del nuovo Codice (d.lgs 50/2016) manteneva la caratteristica dell'onerosità, pur essendo stata notevolmente abbassata la soglia massima dell'importo che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto addebitare all'offerente (cfr. P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2017, 817 ss.).

Tuttavia, il Consiglio di Stato, poco prima della pubblicazione del nuovo codice, condividendo le perplessità già espresse in merito, rilasciava il parere n. 855/2016 sullo schema del decreto delegato, auspicando l'eliminazione dell'onerosità del soccorso istruttorio.

Eliminazione, poi, in effetti avvenuta ad opera del correttivo al Codice (sul punto, M. Gaglietta, *Soccorso istruttorio, le novità del correttivo al Codice Appalti*, in *www.altalex.com*,

2017; F. Aperio Bella, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M. A. Sandulli, Marco Lipari, Francesco Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017).

Ad oggi, pertanto, l'operatività del soccorso istruttorio non comporta più alcun onere economico per il concorrente tenuto a regolarizzare la propria offerta.

Tuttavia, sebbene la sentenza della Corte di Giustizia sia intervenuta sulla vecchia versione dell'istituto, quanto dalla stessa affermato in ordine soprattutto ai principi europei in tema di appalti è interessante non solo sotto il profilo intertemporale, atteso che l'art. 38 comma 2 *bis* del precedente codice continuerà a trovare residua applicazione *ratione temporis* alle controversie ricadenti in quella disciplina, ma anche al fine di valutare, a posteriori, le scelte compiute in materia di contratti pubblici dal legislatore delegato, *in primis* rispetto all'istituto del soccorso istruttorio.

In effetti, a ben vedere, stante l'interpretazione data dalla Corte, il legislatore italiano sembra essere andato anche oltre ciò che è richiesto all'istituto *de quo* per risultare conforme alle direttive ed ai principi europei. La Corte ha, infatti, affermato che l'onerosità in sé del soccorso istruttorio non contrasta con il diritto europeo, a patto che l'importo della sanzione sia conforme al principio di proporzionalità con riguardo al tipo di vizio riscontrato ed all'aggravio procedimentale che la regolarizzazione comporta.

In teoria, dunque, il legislatore italiano si sarebbe potuto limitare a dettare norme più precise in termini di determinazione e congruità della sanzione, anziché eliminarla del tutto. Così salvando l'unico strumento, la sanzione pecuniaria, capace di rappresentare un deterrente alla proposizione di offerte palesemente incomplete, viziate ed irregolari.

Il Consiglio di Stato, proprio esaminando quest'aspetto, anche all'esito del correttivo appalti ha comunque valutato favorevolmente l'eliminazione dell'onerosità del soccorso istruttorio, suggerendo che, in funzione deterrente di condotte negligenti, possa essere addossato al concorrente il costo del servizio (parere n. 782/2017).

La correttezza e soprattutto la convenienza delle scelte legislative compiute non potrà che essere valutata all'esito dell'applicazione della nuova norma. Se, certamente, così strutturato, il soccorso istruttorio sembra favorire concretamente la massima partecipazione alle gare pubbliche, contribuendo a creare la massima concorrenza auspicata a livello europeo, dall'altro non può non nutrirsi qualche perplessità in ordine ai possibili effetti negativi che potranno seguire alla «deresponsabilizzazione» degli offerenti attuata mediante l'eliminazione della sanzione. Deresponsabilizzazione che pare lievemente attenuata soltanto dall'introduzione, al comma 10 dell'art. 83 del Codice, di un sistema di *rating* d'impresa nell'ambito del quale, ai fini della valutazione positiva dell'operatore economico, si terrà conto del mancato utilizzo del soccorso istruttorio (non sono mancate, peraltro, perplessità anche in ordine alla bontà di tale strumento. vedi sul punto F. Aperio Bella, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, cit., 234, «In un simile contesto desta perplessità il collegamento instaurato dal correttivo tra la completezza delle produzioni documentali e la reputazione dell'impresa in quanto tale meccanismo premiale rischia di pregiudicare le imprese di piccole dimensioni, dotate di minori risorse da destinare alla assistenza nella predisposizione delle offerte, generando, in ultima analisi, un contrasto con l'intento di promozione delle PMI perseguito dalla normativa»).

Le eventuali conseguenze infelici, in termini di efficienza della procedura di aggiudicazione, che potrebbero derivare dalla totale gratuità del nuovo soccorso istruttorio, potrebbero condurre il legislatore nazionale, nel prossimo futuro, ad un nuovo ripensamento, e ciò anche all'esito della sentenza della Corte europea in commento, attraverso la quale la Corte di Giustizia si mostra non ostile *a priori* all'ipotesi di un soccorso istruttorio a pagamento costruito in maniera conforme ai principi del diritto europeo.