

NOTA A CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 25.02.2014, N. 9

Avv. Lucia Iacoboni

Con la sentenza in rassegna l'Adunanza Plenaria, su istanza espressa dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, esamina le problematiche inerenti l'art. 46 del d.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) con riferimento sia al principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici sia all'istituto del c.d. soccorso istruttorio.

- IL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

L'affermazione della tassatività delle cause di esclusione costituisce novità introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 2011 n. 106, che ha aggiunto l'inciso "*Tassatività delle cause di esclusione*" nella rubrica dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, e inserito il comma 1-bis nel testo della norma. L'opposta regola, precedentemente vigente, affermava l'atipicità delle cause di esclusione, ed è tutt'ora vigente per le procedure competitive non disciplinate dal codice dei contratti pubblici. La ratio della disposizione viene individuata nei principi della massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento, essendo diretta a porre un freno alla diffusa prassi dell'esclusione anche per violazioni meramente formali.

Il quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria investe sia il problema dell'ambito temporale di applicazione sia il problema dell'interpretazione del principio di tassatività.

Sotto il primo profilo, l'Adunanza Plenaria ritiene di non poter condividere la tesi prospettata dalla Sezione rimettente, secondo la quale il comma 1 bis avrebbe natura non innovativa, ma interpretativa, e, pertanto, produrrebbe effetti naturalmente retroattivi. Ciò in quanto trattasi di norma che non presenta alcuno degli indici rivelatori propri della categoria delle norme di interpretazione autentica, così come elaborati dalla consolidata giurisprudenza (l'incertezza

applicativa della norma antecedente; l'incidere su rapporti pendenti, esclusa dal chiaro disposto dell'art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011; l'auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica).

Sulla base di tale premessa, viene affermato il seguente principio di diritto:

l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 “non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011”.

La sentenza si sofferma, poi, sull'individuazione delle cause di esclusione, evidenziando, che il legislatore ha utilizzato due diversi criteri: da un lato, ha definito causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione, o da altre disposizioni di legge vigenti, da intendersi esclusivamente come leggi statali; dall'altro, ha enucleato alcune ipotesi tipiche (incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta; difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; non integrità dei plichi o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte), sia pure in termini ampi, tali da rimettere alla stazione appaltante la definizione dei contenuti.

La disposizione va intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, il regolamento attuativo o la legge statale la comminino espressamente sia nell'ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In altri termini, l'esclusione va comunque disposta quando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento, non essendo necessario che la sanzione dell'esclusione sia espressamente prevista dalla norma (l'Adunanza plenaria richiama espressamente l'interpretazione del principio di tassatività già delineata dal medesimo Consesso, rinviando alle sentenze n. 23/2013 e n. 21/2012).

Viene, altresì, evidenziato che il legislatore ha rafforzato il principio di tassatività mediante la previsione della nullità delle clausole dei bandi e delle lettere di invito, che stabiliscono adempimenti a pena di esclusione fuori dei casi tipici. A ciò consegue l'applicabilità dell'art. 1419, comma secondo, c.c., in materia di nullità parziale e, sotto il profilo processuale, dell'art. 31, comma 4, c.p.a. (la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni; la nullità può essere eccepita dalla parte resistente o rilevata dal giudice d'ufficio).

Da ultimo, l'Adunanza plenaria individua quattro ipotesi in relazione ai possibili contenuti della legge di gara, e cioè a seconda che questa:

- a) espressamente recepisce -o rinvia- alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso, la violazione dell'obbligo conduce de plano all'esclusione;
- b) nulla dispone sul punto; in tal caso, ai sensi dell'art. 1339 c.c., si avrà eterointegrazione del bando da parte delle predette disposizioni, ed esclusione del concorrente in caso di violazione dell'obbligo ivi stabilito;
- c) viola il principio di tassatività, introducendo cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; la conseguenza è che la clausola escludente è nulla e, pertanto, disapplicabile sia dalla stazione appaltante sia dal giudice;
- d) viola i precetti stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso, la clausola è invalida, e deve essere impugnata per poter dedurre l'esclusione del concorrente inadempiente.

In conclusione, la sentenza enuncia i seguenti principi di diritto:

- il principio di tassatività delle cause di esclusione si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici;

-sono legittime ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis del medesimo codice le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi

ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali.

IL PRINCIPIO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO

In ordine al c.d. soccorso istruttorio, disciplinato dall'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici, l'Adunanza plenaria ribadisce l'orientamento interpretativo più rigoroso espresso in modo costante dal Consiglio di Stato, ispirato all'esigenza di tutela della par condicio e del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, al rispetto della lex specialis contenuta nel bando e dei termini della procedura, al principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti. La portata del principio viene chiarita distinguendo i concetti di “regolarizzazione documentale” e di “integrazione documentale”: nel caso di omissione di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, in particolare da una clausola univoca, l'integrazione non è consentita, determinando la violazione della par condicio, mentre è consentita la mera regolarizzazione, di regola consistente nella rettifica di errori materiali e di refusi; inoltre, è possibile completare dichiarazioni o documenti già presentati, ma con esclusivo riferimento ai requisiti soggettivi di partecipazione, non potendo il soccorso istruttorio essere invocato per integrare l'offerta, salva, anche in tal caso, la rettifica di errori materiali o di refusi; il soccorso istruttorio comprende anche la possibilità di chiedere chiarimenti, purchè il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati, e di interpretare le clausole ambigue.

Pertanto, il principio da applicare nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici è il seguente: *il “potere di soccorso” sancito dall'art. 46, co. 1, del medesimo codice... non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”*

La sentenza, inoltre, chiarisce il rapporto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, discostandosi dall'interpretazione offerta dall'ordinanza di rimessione. Questa, invero, propone una

lettura congiunta dei commi 1, e 1 bis, dell'art. 46 del codice, al fine di garantire la massima partecipazione alla selezione, correggendo l'eccessivo rigore delle forme; suggerisce, quindi, di superare il tradizionale orientamento del Consiglio di Stato, e di aderire al più recente minoritario indirizzo sviluppatosi nei T.A.R., il quale ammette che la mera previsione di adempimento cartolare, inserita nella lex specialis a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti quei casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta.

Orbene, la sentenza rileva che l'orientamento interpretativo più rigoroso risulta, in realtà, confermato dopo l'introduzione del principio di tassatività, che ha diminuito le fattispecie di esclusione, comprese quelle per vizi meramente formali, con ciò riducendo le occasioni di far ricorso al potere di soccorso; rileva, inoltre, che rimane ferma l'operatività del potere di soccorso al fine di consentire la regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione, ed, anzi, risulta implementata dalla riduzione delle fattispecie escludenti.

L'Adunanza Plenaria afferma, altresì, discostandosi anche sul punto da quanto suggerito dalla VI Sezione, l'impossibilità di applicare il principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, essendo istituto non compatibile con la logica propria del procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale.

In conclusione, viene chiaramente delineato il rapporto tra i due principi nei seguenti termini: *“il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici. L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione*

dell'azione amministrativa e delle imprese di settore”.

Con riguardo alle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l'Adunanza plenaria afferma il seguente principio: *”il potere di soccorso sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b) legge 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima -per violazione dell'art. 6, co. 1, lett. b) legge 7 agosto 1990 n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione- la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quella di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale”.*

La sentenza fa dunque rinvio alla norma dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, che disciplina un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, volto a consentire la massima partecipazione alla gara, attenuando la rigidità delle forme: *“...il responsabile del procedimento...può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali”*

Viene, altresì, precisato il rapporto tra le due fattispecie di soccorso istruttorio, le quali, pur dirette a soddisfare la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara *“orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme”*, presentano differenze sostanziali. Invero, come emerge dal tenore letterale delle norme di riferimento, il potere di soccorso disciplinato dall'art. 6 della l. n. 241 del 1990 costituisce mera facoltà del responsabile del procedimento, laddove invece l'art. 46 codice dei contratti obbliga la stazione appaltante a farvi ricorso, sia pure nei limiti precisati; inoltre, il potere di soccorso disciplinato dall'art. 6 della l. n. 241 del 1990 costituisce, nelle procedure di gara diverse da quelle di massa, parametro di valutazione della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione, nel caso in cui detta sanzione venga comminata per l'inadempimento di oneri meramente formali.