

Le procedure di soccorso: semplificazioni e aggravamenti.

di Guglielmo Saporito

Le direttive comunitarie di prossima attuazione (2014/24, per i settori ordinari e 2014/25, per i settori speciali) dedicano attenzione, tra i principi generali, al dovere di soccorso. In particolare, cio' si legge nell'art. 56 co. 3 della Direttiva 24 e nell'art. 76 co. 4 della Direttiva 25, con identiche espressioni.

Il principio e' gia' nel nostro ordinamento con gli articoli 38 e 46 del D.Lgs. 163/2006 con le modifiche poste dal D.L. 90/2014. In precedenza, un'analogha possibilita' di "completare" o "chiarire" era presente nell'art. 27 della Direttiva Consiglio 71/305 CEE del 26 luglio 1971 e nell'art. 52 del Code des Marchés publics.

Il meccanismo distingue tra elementi essenziali ed elementi indispensabili, che a loro volta si differenziano dalle carenze insanabili attraverso i principi di parita' di trattamento e trasparenza.

Le norme del D.Lgs. 163/2006 e quelle future dell'imminente normativa statale (gia' lessicalmente prevedibili), generano un fenomeno di traslazione del contenzioso che, da trilatero (impresa – P.A. – impresa) si indirizza verso una bilateralita' (impresa – impresa) con la partecipazione solo incidentale della P.A.. In particolare cio' sta gia' avvenendo (TAR Palermo, 639/2015) all'indomani del periodo di rodaggio del dovere di soccorso varato con il D.L. 90/2014, quando cioe' emergono contrasti tra imprese causati dall'applicazione dell'istituto.

Il legislatore prevede che si possa sanare cio' che e' indispensabile e cio' che e' essenziale, nella peggiore delle ipotesi pagando una sanzione: cio' al fine di velocizzare le procedure di gara ed impedire contenziosi nel loro periodo di

gestazione. Si applica quindi alle stazioni appaltanti il principio suggerito da una nota parabola (Matteo 13, 24-30) circa l'inopportunità di separare la zizzania dal grano prima della mietitura. Non sempre gli errori possono essere curati con soluzioni immediate, perché il rimedio sarebbe esso stesso dannoso; occorre aspettare la mietitura (il raccolto finale) per separare l'erba infestante dal grano.

Allo stesso modo, la procedura di gara deve avere una sua linearità, ed occorre evitare oscillazioni ed incertezze nell'individuare l'aggiudicatario.

Conclusasi la gara, si potrà separare il grano dalla zizzania, conseguendo il vantaggio ottenuto in termini di tempo grazie alla regola dell'invariabilità dei calcoli, ivi comprese le offerte che presentano carenze documentali oggetto di "soccorso" (art. 38 D.Lgs. 163 co. 2 bis introdotto dal D.L. 90/2014). Anche se la gara è salva, rimane tuttavia il problema delle irregolarità: queste, anche se non contaminano la scelta dell'aggiudicatario, comunque hanno influenzato la scelta, deviandola rispetto all'offerta più "pura".

L'operazione di salvataggio incide infatti sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia delle offerte, sicché è prevedibile un nuovo tipo di contenzioso che non riguarda l'opera da eseguire, bensì alcuni dei soggetti concorrenti.

* * *

L'impresa che risulti non aggiudicataria per colpa di una media contaminata da offerte beneficiarie da meccanismi di soccorso, può avere da ridire sul beneficio (di soccorso) goduto da altre imprese; può cioè far valere una propria vittoria virtuale ai fini del risarcimento del danno. Accade così che il contenzioso non riguardi più il soggetto pubblico che bandisce la gara, bensì le imprese concorrenti e, tra queste, l'aggiudicataria effettiva, l'aggiudicataria

virtuale ed anche terze imprese che siano state soccorse e che invece avrebbero dovuto restare escluse.

Una volta conclusa una gara, se ne puo' quindi aprire un'altra, tutta virtuale e giudiziaria, per giungere a risultati rettificati, cioe' depurati dall'interferenza di procedure di soccorso.

Il contenzioso tra aggiudicatario effettivo (tale risultante grazie al soccorso su altri concorrenti) ed aspirante aggiudicatario virtuale riguarda solo indirettamente il soggetto pubblico, perche' la stazione appaltante ha correttamente operato ex art. 38 co. 2 bis D.Lgs. 163/06, dirottando sul piano risarcitorio la tutela giurisdizionale del soggetto danneggiato da errate manovre di soccorso.

Oltretutto, come innanzi accennato, vi puo' essere anche un concorso di colpa di imprese terze, cui si addebiti l'interferenza sulla media delle offerte o sulla soglia di anomalia.

Liti di questo tipo sono attratte dalla giurisdizione amministrativa in quanto ne sono parte soggetti pubblici per vicende espressione di potere pubblico.

Di fatto, quindi, il giudice amministrativo si occupa di liti tra privati, perche' qualora si contesti il soccorso istruttorio perche' indebito o eccessivamente generoso, si tira in ballo la stazione appaltante. Quest'ultima peraltro, qualora incidentalmente emerga un eccesso di soccorso, risponde secondo le regole della responsabilita' civile e, quindi, utilizzando tecniche di difesa civilistica: ad esempio, la stazione appaltante potra' agire in regresso. L'azione di regresso coinvolgera' innanzitutto l'impresa che ha indebitamente beneficiato dell'aggiudicazione avvenuta a suo favore grazie alla presunzione di legittimita' che l'art. 38 co. 2 bis del D.Lgs. 163/2006 assicura alle domande regolarizzate. Ma, soprattutto, in una sorte di tamponamento a catena, l'azione

di regresso coinvolgera' l'impresa che, involontariamente, ha alterato una media o una soglia di anomalia.

Questo pauroso meccanismo appare coerente al principio di effettivita' della giurisdizione, poiche' l'applicazione del soccorso istruttorio e' si un sacrificio (inertizzando l'immediata tutela giudiziaria), ma e' comunque un sacrificio giustificato da esigenze di interesse generale, quali l'effettiva e rapida realizzabilita' delle opere pubbliche. Il risarcimento del danno sostituisce quindi in modo corretto la perdita dell'effettiva aggiudicazione, tanto piu' che per le quantificazioni si possono utilizzare le frequenti esperienze di risarcimenti ad utili d'impresa ed a danni curriculari.

Del resto, le conseguenze esterne del soccorso istruttorio sono simili a quelle che emergono qualora un provvedimento cautelare benefici indebitamente un'impresa, precludendo l'esecuzione di lavori o servizi e forniture al concorrente che, tardivamente, risulti aver ragione nelle aule giudiziarie. Anche in caso di governo dell'appalto con provvedimenti cautelari successivamente caducati, infatti, vi puo' essere uno strascico civilistico tra imprese, con l'amministrazione che fa da spettatore.

Se questo e' uno dei rischi della procedura di soccorso, converrebbe chiarire che la somma che l'amministrazione puo' pretendere ex art. 38 co. 2 bis D.Lgs. 163/2006 da chi sbaglia e viene soccorso, non e' una sanzione liberatoria, bensì si aggiunge alle altre conseguenze che, con autoresponsabilita', chi concorre si accolla.

* * *

Da una norma di snellimento, derivano quindi passaggi complessi in cui la giustizia amministrativa adottera' logiche ed istituti civilistici. Anche il lessico dovra' adeguarsi, imputando ad esempio, all'impresa poco corretta nelle gare cui partecipa, una definizione di concorrente sleale: un vocabolario

del resto già usato nel sindacato su provvedimenti antitrust e che meglio riflette la posizione esterna della P.A. rispetto ai soggetti litiganti.

Per chi vuole approfondire:

P. Cerbo, Il soccorso istruttorio fra “mere” irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili, in Urb. e app., 2014, 1293.

R. De Nictolis, Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in www.federalismi.it, n. 15/2014;

S. Foà, Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti, in Urb. e app., 2014.

M. Lipari, L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo, in www.giustamm.it, n. 7/2014

L.R. Perfetti, Le misure volte a favorire la partecipazione alle gare, in F. Liguori – C. Acocella (a cura di), Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione, Napoli, 2014.

P. Piselli, Il soccorso istruttorio a pagamento: problematicità applicativa, Convegno IGI 2014 - <http://www.igitalia.it/doc/conv2104-15piselli.pdf>

P. Provenzano, Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014, in www.giustamm.it, n. 7/2014

F. Saitta, Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014 - <http://www.lexitalia.it/a/2014/37552>