

La Corte costituzionale dichiara manifestamente inammissibili, per difetto di rilevanza, le q.l.c. sollevate dal TRGA di Trento con riferimento all'ambito temporale di applicazione del soccorso istruttorio, come disciplinato dalla Provincia autonoma di Trento, sul presupposto della inapplicabilità dell'istituto, anche nella versione introdotta nel 2014, in ipotesi di dichiarazione mendace.

Corte costituzionale, ordinanza, 13 aprile 2018 n. 76 - Pres. Lattanzi, Red. Modugno

Contratti pubblici – Gara – Soccorso istruttorio – Dichiarazione mendace – Inapplicabilità – Disciplina successiva al d.l. n. 90 del 2014 – Irrilevanza

Devono essere dichiarate manifestamente inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17, secondo comma, della legge della Provincia autonoma di Trento 23 ottobre 2014, n. 9 sollevate, in riferimento all'art. 8, primo comma, numeri 1) e 17), del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 e all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., nella parte in cui prevede l'applicabilità del soccorso istruttorio, nella versione introdotta dal d.l. n. 90 del 2014, alle gare indette a far data dal 29 ottobre 2014 anziché a quelle indette dal 25 giugno 2014, in considerazione dell'inapplicabilità dell'istituto in ipotesi di dichiarazione mendace (1).

(1) I. - Con l'ordinanza in rassegna la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della norma introdotta dalla Provincia autonoma di Trento (art. 17, secondo comma, legge della Provincia autonoma di Trento 23 ottobre 2014, n. 9) mediante la quale è stata prevista l'applicabilità della disciplina del soccorso istruttorio introdotta dal d.l. n. 90 del 2014 alle gare indette a far data dal 29 ottobre 2014, anziché a quelle indette a decorrere dal 25 giugno 2014, come previsto dalla normativa nazionale. La Corte ha, in particolare, ritenuto che in caso di dichiarazione mendace, come avvenuto nel caso all'attenzione del giudice *a quo*, l'istituto del soccorso istruttorio, in base al costante indirizzo del giudice amministrativo, non avrebbe comunque potuto trovare applicazione, neanche in base alla formulazione successiva al 2014, pervenendo pertanto ad una declaratoria di irrilevanza delle q.l.c. sollevate.

II. - L'ordinanza di rimessione.

Con ordinanza del 27 marzo 2015, n. 129, (in *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, 669, per mero errore materiale indicata come n. 120 nella pronuncia in commento), il Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento ha sollevato q.l.c. dell'art. 17, comma 2, della legge della Provincia autonoma di Trento 23 ottobre 2014, n. 9, in relazione all'art. 8, primo comma, n. 1 e n. 17, dello Statuto speciale d'autonomia e all'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione. In particolare, il collegio ha osservato che:

- a) nel caso di specie - relativo alla partecipazione a un confronto concorrenziale indetto per l'affidamento della fornitura di conglomerato bituminoso, nonché del servizio di nolo a caldo per la fresatura e il trasporto di materiali e per la sistemazione della pavimentazione stradale delle strade provinciali e delle strade statali della Comunità delle Giudicarie - la società ricorrente - la cui aggiudicazione era stata annullata in autotutela dalla Provincia - aveva reso una dichiarazione completa, ma non rispondente al vero, avendo omesso la menzione di un precedente penale gravante sul legale rappresentante della società stessa;
- b) il potere di soccorso istruttorio, in questo caso, non poteva essere esercitato sulla base della disciplina originaria, mentre poteva trovare applicazione in base alla formulazione più ampia dell'istituto come introdotta dal successivo art. 39 del d.l. n. 90 del 2014;
- c) la legge provinciale aveva tuttavia differito nel tempo la data di entrata in vigore della nuova disciplina del soccorso istruttorio introdotta dal d.l. n. 90 del 2014 in materia di ritenuta competenza statale esclusiva – la concorrenza – e, proprio a motivo di siffatto differimento, la nuova disciplina più favorevole non era ritenuta applicabile alla gara in contestazione, sicché il TRGA di Trento riteneva la questione di legittimità costituzionale rilevante oltre che non manifestamente infondata per invasione della sfera di competenza legislativa statale esclusiva in relazione alla disciplina di diritto intertemporale introdotta dalla legge provinciale in sede di recepimento della novella sul soccorso istruttorio.

III. - La decisione della Corte costituzionale.

- d) Con la decisione in rassegna la Corte costituzionale dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, per difetto di rilevanza in relazione all'erroneo presupposto interpretativo assunto dal giudice *a quo*, osservando che:
 - d1) la disciplina introdotta con l'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014 è ampliativa dell'istituto del soccorso istruttorio in quanto permette di sanare la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive ed è applicabile, in base alla legge statale, alle procedure indette dopo il 25 giugno 2014;
 - d2) la disciplina del soccorso istruttorio non intacca il principio – ritenuto pacifico in rapporto alla disciplina anteriore – di inapplicabilità dell'istituto in caso di falsa dichiarazione, con la conseguenza che anche in tale versione ampliata l'istituto non comprende l'ipotesi della

dichiarazione mendace idonea a fuorviare la stazione appaltante nell'individuazione e nella valutazione dei requisiti di ammissione;
d3) in caso di falsa dichiarazione è applicabile la previsione dell'art. 75 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in base al quale la falsità della dichiarazione sostitutiva determina la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione stessa (nel caso di specie rappresentato dall'aggiudicazione).

e) La Corte, in motivazione, dà atto della sostanziale modifica del contesto normativo di riferimento operato dal nuovo codice dei contratti pubblici sia in sede nazionale che provinciale (essendo stata, in particolare, abrogata la norma transitoria impugnata), ma ritiene che:

e1) lo *ius superveniens* non possa venire in rilievo con riguardo a questioni sollevate nell'ambito di giudizi di impugnazione di atti amministrativi, in quanto, per il principio *tempus regit actum*, la valutazione della legittimità del provvedimento impugnato deve essere svolta con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione;

e2) non sussistano, pertanto, i presupposti per la restituzione degli atti al giudice *a quo* ai fini di un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione, risultando ininfluyente lo *ius novum* nel giudizio principale.

IV. - Per completezza, con riferimento al soccorso istruttorio, si segnala quanto segue:

f) Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 28 febbraio 2018, nelle cause riunite C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. SUD Spa/Centostazioni Spa e Duemme SGR Spa/CNPR (oggetto della News US in data 7 marzo 2018, cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali), secondo cui, tra l'altro, il diritto dell'Unione, i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici e il principio di proporzionalità "*devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento 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*";

- g) Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 10 maggio 2017, C-131/16, Archus (oggetto della News US in data 19 maggio 2017, cui si rinvia anche per approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali, nonché in *Foro amm.*, 2017, 999) che, nel dettare i requisiti del soccorso istruttorio, esclude espressamente, da un lato, che la richiesta di chiarimenti possa condurre alla presentazione di quella che sarebbe in realtà una nuova offerta e, dall'altro, che essa possa ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto;
- h) Corte di giustizia UE, sez. VI, sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15, Pippo Pizzo (oggetto della News US in data 5 luglio 2016, nonché in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, e in *Riv. trim. appalti*, 2016, 655), in punto di necessaria chiarezza della disciplina di gara e sulla conseguente necessità di soccorso istruttorio ove l'operatore economico sia caduto in errore per ambiguità della normativa di gara o errore della stazione appaltante;
- i) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera d'Adda in Urb. e app.*, 2015, 137, con nota di PATRITO, e in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006, con nota di MAMELI;
- j) sull'evoluzione normativa dell'istituto del soccorso istruttorio e del correlato principio di tassatività delle cause di esclusione si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1054-1088, che analizza dettagliatamente i singoli passaggi disciplinari ed interpretativi, la cui scansione può essere sintetizzata con richiamo alle fonti succedutesi nel tempo:
- j1) art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 nella sua originaria versione, sulla quale si è pronunciato Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio, 2014, n. 9 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con note di TRAVI e SIGISMONDI, e in *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, nota di BERTONAZZI), secondo cui il potere di soccorso "non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano prescritti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici o dal suo regolamento d'attuazione o dalle leggi dello Stato";
- j2) disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006 novellata dal decreto-legge n. 90 del 2014, che introduce il comma 1-ter all'art. 46 e il comma 2-bis all'art. 38, ampliando significativamente le possibilità di soccorso istruttorio e introducendo il soccorso a pagamento (su tale disciplina A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio <a pagamento> tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica*, in *Urb. e app.*, 2016, 1251);

j3) artt. 56, par. 3, direttiva 2014/24/UE e 76, par. 4, direttiva 2014/25/UE su cui C. LAMBERTI e S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: < sistemi di selezione > e < criteri di aggiudicazione >*, in *Urb. e app.*, 2015, 873;

j4) art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, sulla quale S. USAI, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, 1139 e L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 127;

j5) infine la disciplina del codice del 2016 novellata dal d.lgs. n. 57 del 2017, sul quale F. APERIO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 227 e F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 745;

k) sui più recenti orientamenti giurisprudenziali:

k1) per una panoramica generale: S. CRESTA e L. POLITO, *Percorsi di giurisprudenza – Il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica*, in *Giur. it.*, 2017, 2516 e, per gli anni precedenti, A. MANZI, *Percorsi di giurisprudenza – il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, in *Giur. it.*, 2016, 2520;

k2) Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2017, n. 3645, ove si afferma che, rispetto ai requisiti di partecipazione, la stazione appaltante è libera di attivare il soccorso istruttorio in favore dell'impresa concorrente anche in un momento successivo all'aggiudicazione in favore di quest'ultima, configurando quindi una sorta di soccorso istruttorio "postumo";

k3) in tema di c.d. <soccorso istruttorio processuale>:

I) Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 976, affronta *funditus* il tema della ammissibilità anche di un soccorso istruttorio "processuale", con riferimento all'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale e si evidenzia che la riscontrata carenza documentale e probatoria, se accertata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio; a fronte della contestazione in sede giudiziaria della altrui ammissione alla procedura, per carenza formale, ad avviso della sentenza in esame, il giudice non ha il

potere di rilevare d'ufficio la sanabilità del vizio di forma e la concreta sussistenza del requisito controverso; non è neppure necessario però che l'aggiudicatario illegittimamente ammesso alla gara articoli un ricorso incidentale, teso ad evidenziare l'ulteriore illegittimità commessa dalla stazione appaltante, consistente nella omessa attivazione del procedimento di soccorso istruttorio, potendosi invece limitare ad una deduzione difensiva, in seno alla quale però deve assolvere l'onere della prova (*ex art. 2697 c.c.*) circa la sanabilità o meno dell'irregolarità commessa;

- II) l'ammissibilità del c.d. "soccorso istruttorio processuale" è stata successivamente confermata anche da Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6078 e da Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5826.

V. – Con riferimento al principio per cui nel processo amministrativo impugnatorio la legittimità del provvedimento deve essere valutata alla data di emanazione dell'atto si segnala:

- 1) Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49 (in *Riv. giur. edilizia*, 2016, I, 8, con nota di STRAZZA, e in *Giur. it.*, 2016, 2233, con nota di VIPIANA PERPETUA), secondo cui, analogamente alla ordinanza in commento, lo *ius superveniens* non può venire in evidenza nel giudizio di costituzionalità sollevato dai giudici amministrativi poiché, secondo il principio *tempus regit actum*, la valutazione della legittimità del provvedimento impugnato va condotta con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione. Nel medesimo senso si vedano anche: Corte cost., 17 febbraio 2016, n. 30, in *Foro it.*, 2016, I, 1126 e in *Giur. costit.*, 2016, 176, con nota di DIOTALLEVI, secondo cui "*in base al principio tempus regit actum, alla stregua del quale si definiscono le condizioni di validità di un provvedimento amministrativo, la legittimità del diniego di nulla-osta va valutata in base alla norma vigente al momento della sua adozione*"; Corte cost., 29 maggio 2014, n. 151, in *Foro it.*, 2015, I, 1183, in *Giur. costit.*, 2014, 2431, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2014, 763, in *Ragiufarm*, 2014, 144, 10 e in *Ragiusan*, 2014, 365, 168; Corte cost., 22 maggio 2013, n. 90, in *Foro it.*, 2013, I, 2061, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2013, 591, con nota di GORLANI, e in *Giur. costit.*, 2013, 1552; Corte cost., 11 luglio 2012, n. 177, in *Foro it.*, 2012, I, 2571 e in *Giur. costit.*, 2012, 2623; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Foro it.*, 2011, I, 375, in *Giur. costit.*, 2010, 2417, con nota di ESPOSITO, in *Quaderni regionali*, 2011, 310 e in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 1025; Corte cost., 20 novembre 2000, n.

509, in *Foro it.*, 2001, I, 1475, in *Ammin. it.*, 2001, 287, in *Giust. amm.*, 2001, 92, in *Ragiusan*, 2000, 199, 149, in *Giur. costit.*, 2000, 4003, in *Rass. amm. sanità*, 2000, 472, in *Quaderni regionali*, 1999, 710, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2193 e in *Giur. it.*, 2001, 2372;

- m) Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE, in *Corriere merito*, 2012, 745, con nota di RAIOLA, in *Urb. e app.*, 2012, 905, con nota di D'HERIN, in *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72, con nota di TOSCHEI, in *Riv. neldiritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, 13 e in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234, con nota di GOTTI), secondo cui la legittimità di un provvedimento va valutata al momento della sua adozione, essendo irrilevanti i fatti successivi; sicché la revoca dell'intera gara in autotutela, peraltro consequenziale alla circostanza delle numerose esclusioni e dei numerosi contenziosi pendenti, è del tutto irrilevante e non fa venire meno né l'imputabilità al concorrente della causa di esclusione, e dunque l'incameramento della cauzione, né le ragioni legislative sottese all'istituto della cauzione;
- n) nel senso che la legittimità del provvedimento amministrativo vada valutata in applicazione del principio *tempus regit actum*, si vedano, tra le altre: Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2018, n. 663; Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 2017, n. 5231; Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4216; Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2017, n. 3311; Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2017, n. 3131; Cons. Stato, 21 giugno 2017, n. 3001; Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2017, n. 2576; Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2017, n. 1700, in *Foro amm.*, 2017, 830.