Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 3667 del 22 agosto 2016

Soccorso istruttorio – Esclusione – Mancata integrazione della documentazione e pagamento della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 38 co. 2 bis del D.lgs. 163/06 – Nel nuovo Codice pagamento subordinato alla regolarizzazione (art. 53 del D.lgs. 50/2016)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1896 del 2016, proposto da:
COGEPA Costruzioni Generali Passarelli s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso in Roma, viale

contro

Comune dell'Aquila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;
Comune dell'Aquila - Ufficio Centrale Unica di Committenza non costituito in giudizio;

nei confronti di

Diass s.r.l. Insurance Brokers non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00784/2015, resa tra le parti, concernente affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di un parco urbano in piazza d'armi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di L'Aquila;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2016 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati per delega di

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La CO.GE.PA - Costruzioni Generali Passarelli s.p.a. ha impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo il provvedimento del Comune dell'Aquila in data 17 giugno 2015, di irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (per un importo pari ad euro 18.619,71) e contestuale richiesta di integrazione del requisito mancante nel termine di dieci giorni, ai fini della riesame del provvedimento di esclusione dalla procedura aperta, bandita dalla stessa Amministrazione comunale, per l'affidamento della "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di un parco urbano in piazza D'Armi".

Esponde di avere partecipato al predetto procedimento di gara, bandito in data 6 ottobre 2014, indicando quale progettista incaricato della progettazione esecutiva la Pica Ciamarra Associati Int. s.r.l., e di essere stata esclusa, nella seduta di gara del 24 marzo 2015, dalla Commissione giudicatrice, in ragione dell'incompletezza delle dichiarazioni rese dal progettista in relazione al possesso dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis*.

CO.GE.PA. aggiunge che, benché abbia prestato acquiescenza al provvedimento di esclusione, a distanza di tre mesi è intervenuto il provvedimento irrogativo della sanzione; a questo punto essa, pur dimostrando il possesso, in capo ai propri

progettisti, dei requisiti previsti dal bando, ha manifestato la volontà di non avvalersi del beneficio del soccorso istruttorio. Con nota del 25 giugno 2015, altresì gravata, il Comune dell'Aquila ha confermato l'irrogazione della sanzione.

2. - Con il ricorso in primo grado, in sintesi, la società CO.GE.PA. ha contestato l'applicazione della sanzione pecuniaria avendo manifestato la volontà di non aderire al soccorso istruttorio e di dar corso alla disposta esclusione dalla gara conseguente al fatto di essere incorsa in un'irregolarità essenziale.

3. - Con la sentenza qui impugnata il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso, aderendo all'assunto *«secondo cui la sanzione di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Codice dei contratti pubblici possa essere applicata non solo quando il concorrente che sia incorso in un'irregolarità essenziale decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui questi, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venga escluso dalla procedura di gara»* (pag. 9).

La motivazione riposa, oltre che nella *littera legis*, nell'assunto, inferibile da un'interpretazione funzionale delle norme, per cui la sanzione pecuniaria non è alternativa e sostitutiva rispetto all'esclusione, ma colpisce l'irregolarità essenziale, in sé e per sé considerata (nel caso di specie consistita nel fatto che la dichiarazione resa da un progettista non consentiva di evincere la sussistenza del requisito di capacità tecnica, e cioè della qualificazione per tutte le categorie di lavorazione previste dal bando), indipendentemente dal fatto che venga sanata o meno dall'impresa interessata.

4. - Avverso detta sentenza ha interposto appello la società CO.GE.PA., affidandolo a quattro motivi, con i quali contesta l'erronea interpretazione dell'art. 38, comma 2-bis, in relazione all'art. 46, comma 1-ter, del *Codice dei contratti pubblici*.

5. - Si è costituito in resistenza il Comune dell'Aquila concludendo per il rigetto dell'appello.

6.- All'udienza pubblica del 7 luglio 2016 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Il *thema decidendum*, sul quale convergono i motivi di appello, che possono dunque essere esaminati congiuntamente, è incentrato sull'ambito di applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38, comma 2-*bis*, del *Codice dei contratti pubblici*, e in particolare (sul quesito) se la stessa sia irrogabile anche nel caso in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio.

Non viene in rilievo la questione (su cui, anteriormente alla novella del giugno 2014, si è pronunciata la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, e, successivamente, questa V Sezione con le sentenze 21 aprile 2016, n. 1597 e 2 agosto 2016, n. 3481) dell'ampiezza, secondo i parametri del combinato disposto degli artt. 38, comma 2-*bis*, e 46, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 163 del 2006, del potere di soccorso istruttorio, e anzi tale profilo -che presuppone la qualificazione dell'incompletezza documentale come irregolarità essenziale -qui risulta incontroverso.

Non occorre perciò verificare se la mancanza/incompletezza del possesso del requisito tecnico riferito alla progettazione esecutiva contestato alla società appellante costituisca "irregolarità essenziale". Del pari, non si pone qui un problema di valutazione della suscettibilità della mancanza documentale di regolarizzazione postuma. Del resto, la CO.GE.PA. non ha inteso comunque avvalersi del soccorso istruttorio.

1.1.- Con questa premessa, occorre vagliare l'esatto significato da attribuire, stando al *Codice dei contratti pubblici*, alla locuzione, invalsa nell'uso, di "soccorso istruttorio a pagamento"; se vi sia un collegamento necessario tra l'avvalersi del soccorso istruttorio da parte dell'operatore economico e il pagamento della sanzione pecuniaria stabilita dal bando, o se invece la sanzione – ricorrendo la fattispecie - sia

dovuta indipendentemente dall'integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni da parte del concorrente che ha dato causa al doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio, come ritenuto dalla sentenza di prime cure.

Ad avviso dell'appellante, rinvenendosi il fondamento di razionalità del soccorso istruttorio nell'obiettivo di evitare che l'esclusione dalla gara sia disposta per mere irregolarità formali, a tale scopo consentendosi strumentalmente all'interessato di colmare le lacune riscontrate dal seggio di gara, la sanzione è dovuta nel solo caso in cui il concorrente intenda avvalersi di tale possibilità; e tanto più in un'evenienza come quella oggetto di controversia, dove il soccorso istruttorio è intervenuto tardivamente, successivamente all'iniziale esclusione non contestata (primo motivo di appello).

Ulteriore argomento difensivo di CO.GE.PA. è che l'applicazione della sanzione pecuniaria in una fattispecie di mera irregolarità della dichiarazione (i suoi progettisti erano tutti in possesso dei requisiti richiesti dal bando), comporta un'illegittima (quanto a difetto di proporzionalità e a violazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006) equiparazione tra l'ipotesi sostanziale in cui il concorrente non sia in possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* (non potendo per ciò partecipare alla procedura di evidenza pubblica) e l'ipotesi formale in cui abbia reso dichiarazioni incomplete (secondo e terzo motivo di appello).

Allega, ancora, l'appellante, con il quarto ed ultimo motivo, che la sentenza impugnata incorre in un'erronea interpretazione degli artt. 59, paragrafo 4, e 56 della direttiva 2014/24/UE, disposizioni che non condizionano il soccorso istruttorio alla comminatoria di una sanzione, come posto anche in evidenza dalla determinazione A.N.A.C. n. 1 del 2015.

2. - Ritiene la Sezione che gli argomenti della società appellante, per quanto seri, non siano condivisibili.

Invero, l'introduzione (ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) dell'art. 38, comma 2-*bis*, nel *Codice dei contratti pubblici*, con la sanzione pecuniaria proporzionale per il caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, ha inteso prevenire, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, il fenomeno delle esclusioni dalla procedura causate da mere carenze documentali; e ha «*in tal caso*»(cioè: di fronte alla semplice mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale di cui sopra) imposto uno spedito sub-procedimento – il “soccorso istruttorio” -ordinato alla produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie, e ha previsto l'esclusione solamente quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tale fine,dalla stazione appaltante.

Corollario di tale innovazione è una sostanziale dequalificazione, in principio, delle “irregolarità” dichiarative da cause escludenti a carenze regolarizzabili.

In tale contesto, ad evitare l'abuso del ricorso al soccorso istruttorio e il conseguente aggravamento complessivo delle procedure, si pone a contrappeso la previsione della speciale sanzione pecuniaria: scopo di questa misura è dunque l'assicurare la serietà e la completezza originaria delle offerte, e il responsabilizzare questi fini i partecipanti alla gara.

Detta sanzione, come si evince dalla lettera della disposizione («*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara ...*»), colpisce dunque il semplice fatto dell'aver presentato una dichiarazione difettosa: resta irrilevante il fatto che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla. La norma a questi fini nulla dice riguardo alla

condotta successiva dell'offerente, sia in punto di avvenuta regolarizzazione, sia in punto di abbandono della gara mediante il comportamento concludente della non risposta alla richiesta di regolarizzazione: sicché si deve rilevare che per la sanzione pecuniaria la legge non contempla una causa estintiva successiva. La sanzione insomma non è alternativa o sostitutiva alla esclusione per insufficiente regolarizzazione o all'abbandono volontario della gara. L'esclusione dalla gara è altra cosa rispetto alla sanzione, la cui fattispecie costitutiva è ormai già perfetta, ed è la conseguenza procedimentale della mancata corrispondenza al soccorso istruttorio. Nel sistema del comma 2-*bis*, l'irregolarità essenziale porta di suo all'applicazione della sanzione pecuniaria. Rispetto alla sanzione resta così ultroneo il diverso profilo funzionale del determinare l'avvio del procedimento di soccorso istruttorio. L'esclusione dalla gara si colloca in una successiva fase procedimentale, quale esito della mancata o insoddisfacente risposta al soccorso istruttorio, e risulta pertanto distinta, strutturalmente e funzionalmente, dalla sanzione pecuniaria, che è conseguenza del mero inadempimento iniziale (in termini Cons. Stato, VI, 27 novembre 2014, n. 5890). Così, l'abbandono volontario della gara determina l'esclusione, ma non influisce sulla già consumata fattispecie da sanzionare.

La distinzione tra le due fattispecie è in qualche misura confermata dalla disposizione contenuta nel terzo periodo del comma 2-*bis*, la quale, per l'ipotesi di "irregolarità non essenziali", prevede che la stazione appaltante non ne richieda la regolarizzazione, né applichi la sanzione, evidenziando come il soccorso istruttorio e la sanzione pecuniaria si pongano su due piani diversi, seppure originanti da un unico fatto.

2.1.- Queste considerazioni di base non consentono di attribuire rilievo a quanto allegato dall'appellante circa il fatto che nel caso di specie la sanzione è stata comminata per una mera incompletezza documentale.

Infatti la norma, in modo non irragionevole ove si consideri la *ratio* che la permea, non gradua le varie ipotesi di irregolarità essenziale.

Piuttosto, va qui rilevato che la sanzione pecuniaria ed il soccorso istruttorio hanno fatto seguito a una precedente esclusione non contestata da CO.GE.PA., la quale non ha dunque indotto la stazione appaltante ad un aggravamento del procedimento di verifica della regolarità e completezza della documentazione.

Neppure tale circostanza, per quanto possa essere suscettibile di una qualche valutazione quanto a correttezza e buona fede della società, è idonea a rendere illegittimo l'impugnato provvedimento, espressione di un riesame in autotutela da parte della stazione appaltante, comportante un regresso del procedimento alla fase di valutazione dell'offerta, disposta in difformità di quanto previsto dalla disciplina vigente.

Se non è pertanto ravvisabile un'applicazione della sanzione pecuniaria non proporzionata, tanto meno è rinvenibile una violazione dell'art. 46, comma 1, del *Codice dei contratti pubblici*, disposizione inapplicabile alla vicenda amministrativa in esame, cui è invece riferibile il successivo comma 1-*ter*, in combinato disposto con l'art. 38, comma 2-*bis*, dello stesso *Codice*.

2.2. - Anche il quarto motivo di appello, con cui si deduce la violazione dell'art. 59, par. 4, e dell'art. 56, par. 3, della direttiva n. 2014/24/UE, disposizioni che non condizionano il soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente al rispetto del principio di parità di trattamento e di trasparenza, non merita condivisione.

Infatti l'interpretazione della norma di diritto interno seguita dalla sentenza appellata non contrasta con le invocate disposizioni del diritto europeo, le quali non precludono una onerosità dell'accesso al soccorso istruttorio, così da rimettere tale scelta, ovviamente nei limiti della congruità, al legislatore nazionale.

Conseguentemente non si evidenziano quei dubbi interpretativi, che imporrebbero al giudice nazionale di ultima istanza di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E.-Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

3. - Le considerazioni che precedono inducono il Collegio a ritenere condivisibile il ragionamento della sentenza appellata.

Ove occorra, si deve considerare che, trattandosi di sanzione pecuniaria infraprocedimentale che fa sistema con la disciplina del procedimento definita dal d.lgs. n. 163 del 2006, il principio di irretroattività della nuova legge impedisce di dar rilievo alla circostanza che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 preveda, all'art. 83, comma 9, che «*la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione*»: l'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs n. 163 del 2006, resta cioè applicabile *ratione temporis*. Il sistema della nuova disciplina, (che muove dal criterio direttivo indicato dall'art. 1, lett. z), della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, che attribuisce ai partecipanti alla gara la piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda) è innovativamente incentrato sul concetto di sanatoria conseguente al soccorso istruttorio e non separa il momento procedimentale da quello sanzionatorio.

4. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi, connessi all'esistenza di un margine di opinabilità nella questione trattata, ed al comportamento improntato a correttezza della parte appellante, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2016

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO