

N. 00066/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00192/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 192 del 2015, proposto da:
Edildebè S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Ida Martina, con domicilio
eletto presso l'Avv. Valter Coppelli, in Parma, borgo del Carbone n. 5;

contro

Comune di Piacenza, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'Avv. Elena Vezzulli, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar, in
Parma, piazzale Santafiora n. 7;

per l'annullamento

della determinazione n. 519 del 7 maggio 2015 del Comune di Piacenza -
Direzione Operativa Riqualficazione e Sviluppo del Territorio, Servizio
Infrastrutture e Lavori Pubblici avente ad oggetto "*escussione parziale della cauzione
provvisoria prodotta dalla Ditta ricorrente a titolo di pagamento della sanzione pecuniaria per
irregolarità essenziale riscontrata nei documenti di gara*";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Piacenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2016 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società ricorrente partecipava alla procedura di gara indetta dal Comune di Piacenza per l'affidamento dei *“lavori di manutenzione ordinaria su edifici comunali, di competenza o in uso al Comune”* producendo, come prescritto dalla disciplina di gara, una polizza fideiussoria a garanzia della cauzione provvisoria.

Nella seduta del 19 febbraio 2015, in sede di esame di completezza della documentazione amministrativa, l'Amministrazione, esaminato il plico della ricorrente, rilevava la mancanza del *“codice PASSoe di registrazione presso il Servizio AVCPass”*, nonché, l'omessa presentazione della dichiarazione *“di essere in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili”*.

Con nota in pari data disponeva le integrazioni del caso, precisando che le omissioni in questione potevano essere sanate *“attraverso l'integrazione della documentazione mancante e il pagamento di una sanzione pecuniaria pari allo 0,5 per cento dell'importo economico posto a base di gara”* ex artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter, del D. Lgs. n. 163/2006.

La ricorrente riscontrava detta richiesta con nota del 27 febbraio 2015, rappresentando che non intendeva avvalersi della procedura sanante prevista dalle citate norme.

L'Amministrazione, con provvedimento del 3 marzo 2015, preso atto della

mancata trasmissione della documentazione richiesta, escludeva la ricorrente dalla gara.

La ricorrente, con nota del 6 marzo successivo, chiedeva la restituzione dell'originale della polizza fideiussoria prodotta unitamente alla domanda di partecipazione.

Il Comune, con determinazione n. 519 del 7 maggio 2015, disponeva l'escussione parziale della polizza fideiussoria prodotta dalla ricorrente nei limiti di € 3.729,00: importo corrispondente alla sanzione pecuniaria di cui al già richiamato art. 38, comma 2 *bis*.

La ricorrente impugnava il provvedimento da ultimo citato deducendo la violazione della disciplina procedimentale di cui alla L. n. 241/1990, degli artt. 38, comma 2 *bis* e 46, comma 1 *ter*, del D. Lgs. n. 163/2006, della Determinazione ANAC dell'8 gennaio 2015, n. 1 (che esprime la posizione dell'Autorità circa la portata delle norme da ultimo citate) e, infine, dell'art. 97 della Costituzione.

Il Comune di Piacenza si costituiva in giudizio confutando le avverse doglianze e chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella camera di consiglio del 9 luglio 2015, con ordinanza n. 142/2015, veniva accolta l'istanza di sospensione ritenendo *“condivisibile l'interpretazione del comma 2 bis dell'art. 38 del Codice dei contratti data dall'ANAC e invocata dalla ricorrente, in quanto più in linea con la ratio deflattiva sottesa alla novella normativa in discorso”*, nonché, sul presupposto che *“sarebbe illogica e ingiustamente afflittiva la sanzione pecuniaria per il concorrente che, reso edotto dell'incompletezza o di altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, scelga di ritirarsi dalla competizione (non avvalendosi del soccorso istruttorio) consentendo alla stazione appaltante di procedere celermente con le operazioni di gara senza strascichi giudiziari”*.

L'Amministrazione ribadiva la legittimità del proprio operato con memoria depositata il 18 gennaio 2016 cui la ricorrente replicava con propria memoria

depositata il 22 gennaio successivo.

All'esito dell'udienza del 3 febbraio 2015, la causa veniva decisa.

La ricorrente, esclusa dalla procedura di gara oggetto del presente giudizio causa l'incompletezza della documentazione prodotta e successiva mancata adesione al c.d. "soccorso istruttorio" attivato dalla Stazione appaltante, contesta l'applicazione a proprio carico della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38, comma 2 *bis*, del D. Lgs. n. 163/2006.

La ricorrente sostiene che detta sanzione sarebbe stata dal legislatore prevista a carico della sola concorrente che, avendo omesso la produzione integrale della documentazione richiesta, intenda avvalersi della possibilità di procedere ad una integrazione postuma della stessa; non sarebbe invece ammessa allorquando la concorrente rinunci a tale possibilità escludendosi in tal modo dalla gara.

La tesi esposta sarebbe conforme all'interpretazione fatta propria dall'Autorità Anticorruzione (ANAC) con propria determinazione dell'8 gennaio 2015, n. 1, *"Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163"* laddove, al punto 1.2, afferma che *"in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio"*.

L'Amministrazione contesta la suesposta posizione affermando sostanzialmente che la sanzione pecuniaria non rappresenterebbe una misura alternativa all'esclusione ma colpirebbe l'irregolarità essenziale della documentazione in sé e per sé.

Tale posizione troverebbe il conforto della giurisprudenza che recentemente ha

affermato il principio in base al quale *“la sanzione di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 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”* (TAR Abruzzo, 25 novembre 2015, n. 784)

Il ricorso è infondato.

L’art. 38, comma 2 bis, del D. Lgs. n. 163/2006 dispone che *“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, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento e’ garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. ... In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente e’ escluso dalla gara”*.

L’art. 46, comma 1 ter della medesima fonte normativa prevede che *“le disposizioni di cui all’articolo 38, comma 2-bis , si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”*.

L’attuale formulazione delle richiamate norme trova fonte nella L. n. 114/14 che è intervenuta in materia di *“soccorso istruttorio”* prevedendo una procedimentalizzazione dell’istituto tesa a prevenire esclusioni determinate da mere omissioni documentali sanabili in corso di gara senza eccessivi aggravii, contemperando in tal modo i principi di massima partecipazione e di *par condicio* che, in ragione dell’altalenante prevalere dell’uno sull’altro, avevano determinato

una posizione ondivaga della giurisprudenza.

Così individuata in estrema sintesi la *ratio* della novella occorre tuttavia individuare il presupposto al verificarsi del quale si legittima la misura sanzionatoria in questione.

La ricorrente lo riconosce nell'effettivo sfruttamento della riconosciuta possibilità di rimanere in gara nonostante l'irregolarità commessa; l'Amministrazione, invece, lo individua nella sola incompletezza documentale indipendentemente dalle successive vicende concorsuali legate alla permanenza o meno della concorrente in gara.

Il dato testuale della norma, a parere del collegio, depone chiaramente in favore della tesi della resistente.

La norma, infatti, come già evidenziato, prevede nel primo periodo che *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale ... obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento...”* palesando in tal modo la volontà del legislatore di ricollegare l'effetto sanzionatorio alla sola incompletezza documentale senza subordinarlo a successive valutazioni della concorrente in ordine alla persistenza di un proprio eventuale interesse a permanere in gara.

Diversamente opinando ne risulterebbe svilita la funzione della norma che, come correttamente eccepito dalla resistente, persegue, altresì, l'obiettivo di indurre i concorrenti alla presentazione di offerte serie e ponderate evitando inutili aggravii procedurali.

La previsione contenuta nella seconda parte della disposizione normativa in commento (*“In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine ...”*) ammonendo che *“In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente e' escluso dalla gara”*) disciplina la successiva fase della (eventuale) integrazione documentale da parte del concorrente i cui esiti determinano, in alternativa, l'ammissione o l'esclusione del medesimo dalla procedura.

In ogni caso si tratta di un segmento procedurale che segue l'accertata carenza documentale cui la disposizione normativa (primo periodo) ricollega l'effetto dell'applicazione della sanzione come, peraltro, riconosciuto dalla già richiamata giurisprudenza (v. sentenza n. 784/2015, cit.).

Per quanto precede il ricorso deve essere respinto.

La specificità della questione oggetto del giudizio e l'assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto controverso determinano la compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)