

Consiglio di Stato sez. V 16/1/2017 n. 92

Contratti della Pubblica amministrazione - Soccorso istruttorio - Per carenza e incompletezza documentale – Rifiuto – Sanzione pecuniaria – Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 – Esclusione – Natura interpretativa della pregressa disciplina ex art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 – Conseguenza.

L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione", ha natura interpretativa, e non innovativa, della pregressa disposizione contenuta nell'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163; pertanto, anche in vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 il pagamento pecuniario non era una sanzione automatica e non era irrogabile nel caso in cui il concorrente avesse deciso di non avvalersi del soccorso istruttorio (1).

Conf: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 27 maggio 2016, n. 2749, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 settembre 2016, n. 9656. Da ultimo, siffatto orientamento giurisprudenziale è stato confermato dall'ordinanza sempre del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 10012.

Diff: T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 25 novembre 2015, n. 784; Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 29 febbraio 2016, n. 66; Sicilia, Palermo, Sez. III, 29 aprile 2016, n. 1043, e Sez. II, 31 maggio 2016, n. 1336; Lombardia, Milano, Sez. I, 14 luglio 2016, n. 1423, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667

N. 00092/2017REG.PROV.COLL.

N. 04114/2016 REG.RIC.

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 4114 del 2016, proposto da:

Edildebe' Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Ida Martina, Roberta Ciotti, con domicilio eletto presso Roberta Ciotti in Roma, Circonvallazione Clodia, 86;

contro

Comune di Piacenza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Vezzulli, con domicilio eletto presso Giuseppe Dante in Roma, via Taranto, 6;

per la riforma della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI PARMA: SEZIONE I n. 00066/2016, resa tra le parti, concernente escussione parziale cauzione a titolo di pagamento della sanzione pecuniaria per irregolarità essenziale riscontrata nei documenti della gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione degli edifici comunali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Ciotti e Vezzulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La sentenza di primo grado della quale la società appellante chiede la riforma, ha ritenuto legittima la determinazione dirigenziale n.1671 in data 20.11.2014 con la quale il Comune di Piacenza, nell'ambito della gara aperta bandita per l'affidamento di lavori di manutenzione ordinaria su edifici comunali, applicava ad essa, in ossequio all'art.38 comma 2-bis del d.lgs. 163 del 2006 (introdotta dall'art.39 comma 1° del D.L 90 del 2014 convertito in legge 114 del 2014, la sanzione di euro 3.279,00, essendosi verificata l'ipotesi della "mancanza, incompiutezza o di ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni e dei documenti richiesti dalle norme di gara".

La società appellante, in particolare, aveva ommesso di inserire nel plico contenente la documentazione amministrativa il "codice PaSSoe di registrazione presso il Servizio AVCP ass", nonché aveva ommesso la presentazione della dichiarazione "di essere in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili".

Dopo di ciò la Stazione appaltante ha consentito alla ricorrente di sanare le predette omissioni "mediante l'integrazione della documentazione mancata e il pagamento di una sanzione pecuniaria pari allo 0,5 per cento dell'importo economico posto a base di gara" ex art.38, comma 2 bis e 46 co 1 ter, del d.lgs. n.163/2006.

La ricorrente con nota del 27 febbraio 2015, tuttavia, informava la S.A. che non intendeva avvalersi della procedura sanante prevista dalle citate norme.

Con provvedimento del 3 marzo 2015, di conseguenza, la S.A. escludeva dalla gara la società ricorrente.

Quest'ultima con nota del 6 marzo seguente chiedeva la restituzione dell'originale della polizza fideiussoria prodotta.

Con la determinazione impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado la S.A. disponeva l'escussione parziale della polizza fideiussoria prodotta dalla società ricorrente nei limiti di euro 3.729,00; importo corrispondente alla sanzione pecuniaria di cui al predetto art.38, comma, 2 bis.

Il primo giudice respingeva il ricorso con la sentenza in epigrafe.

Parte appellante ne chiede la riforma di tale sentenza deducendo plurimi profili di violazione ed errata interpretazione di legge nonché per eccesso di potere sotto varie figure sintomatiche.

Il Comune resiste e chiede la conferma della sentenza di primo grado.

All'udienza di merito del 15 dicembre 2016, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Essendo l'appello palesemente fondato ritiene la Sezione di decidere la questione per cui è causa con sentenza ex art.74 c.p.a.

Occorre invero premettere che sulla disciplina contenuta negli art.38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter del d.lgs. 12 aprile n.163, con riferimento all'aspetto oggetto della presente controversia, è intervenuto il legislatore innovandone il contenuto con l'art.83 comma 9 del d.lvo 18 aprile 2016 n.50, ove si prevede che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione", escludendo con ciò la previgente disciplina del citato art.38 comma 2.

Questo Collegio ritiene, pur consapevole del diverso avviso espresso da questa Sezione (v. sent. n. 3667 del 22 agosto 2016), che, nonostante la portata apparentemente innovativa, la disposizione in esame abbia carattere interpretativo e consenta, quindi, di orientare una corretta esegesi in merito alla portata e il contenuto della disciplina pregressa. L'assunto è corroborato dall'identità della disposizione rispetto alla precedente formulazione, con eccezione del solo inciso virgolettato; e, ancor più, dalla circostanza che, nel silenzio della precedente disposizione sul punto, si erano delineati contrasti interpretativi, dei quali la stessa sentenza di primo grado dà conto citando la determinazione dell'ANAC n.1 dell'8.1.2015, favorevole a una soluzione che escludesse l'applicazione della sanzione in assenza di richiesta di ammissione alla gara. Va rimarcato che la soluzione prescelta - che anche con riferimento al quadro normativo pregresso considera il pagamento pecuniario non alla stregua di sanzione automatica, ma quale onere per la riammissione previa integrazione - è in linea con il principio di proporzionalità, in quanto evita l'applicazione di una misura volta a colpire, anche in assenza di colpa, la mera condotta violativa di obblighi formali e documentali.

In forza della natura interpretativa della disciplina sopravvenuta l'appello deve, in conclusione, essere accolto.

Sussistono motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie

, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

