

In tema di sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 163/2006

di

Data di pubblicazione: 28-9-2016

1. In base all'art. 38, comma 2 bis, in caso di irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, il concorrente responsabile della mancanza è tenuto al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara; la medesima stazione appaltante assegna un termine non superiore a 10 giorni perché il concorrente provveda a regolarizzare e completare la documentazione e, solo in caso di inutile decorso di tale termine, commina l'esclusione. A tale disciplina fanno eccezione le ipotesi di irregolarità non essenziali e quelle di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per le quali si prevede che la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione e non applica alcuna sanzione pecuniaria.

2. La sanzione prevista dall'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 163/2006, dovuta alla stazione appaltante per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale, deve essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, tale corrispettivo non è dovuto, in quanto l'Amministrazione non è tenuta ad aprire una ulteriore fase di verifica della regolarità della documentazione e la procedura selettiva può proseguire speditamente. (1)

(1) **difformi:** T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, n. 1336 del 31 maggio 2016; T.A.R. Parma, n. 66 del 29 febbraio 2016; T.A.R. L'Aquila, n. 784 del 25 novembre 2015

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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4900 del 2016, proposto da:

Soc Issitalia Andrea Barbato S.r.l., Soc Issitalia A Bartato S.r.l. (Mandataria), Soc Pulistar S.r.l. (Mandante), Soc Costruzioni Edilferro S.r.l. (Mandante), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Lisa Grossi C.F. GRSLSI81A48L219B, ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Michele Rosario Luca Lioi in Roma, viale Bruno Buozzi, 32?

contro

Soc Centostazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu C.F. CDDSMN70T01H501L e Arturo Leone C.F. LNERTR55M22B429U, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Simone Cadeddu in Roma, via Flaminia, 133?

per l'annullamento

della nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016, nella parte in cui — stante l'esclusione dalla procedura di gara disposta quale conseguenza della mancata adesione alla procedura di soccorso istruttorio — si comunica la decisione di intimare il RTI ricorrente “al pagamento entro e non oltre sette giorni dalla ricezione della presente (...) della sanzione pecuniaria di Euro 40.000,00” ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e di procedere, “in caso di inutile decorso del predetto termine immediatamente all'escussione della cauzione provvisoria”;

- della nota prot. n. 0003623/16 del 5 aprile 2016, in cui “si ribadisce il carattere essenziale della irregolarità commessa da codesto Operatore e conseguentemente la richiesta [...] del pagamento della sanzione pecuniaria” e “si confermano i provvedimenti adottati e già comunicati a codesto RTI con nota prot. N. 3282/16 del 24 marzo 2016;

- della nota prot. n. 2815/16 del 1 marzo 2016, con la quale è stata trasmessa la determinazione di revoca dell'esclusione delle ricorrenti dalla gara comunicata 4 marzo 2016 e di ammissione delle stesse alla procedura di soccorso istruttorio con richiesta di regolarizzazione entro il 17 marzo 2016,

nella parte in cui, stante il presunto carattere essenziale dell'irregolarità, si dispone il carattere oneroso di tale regolarizzazione “con pagamento, pertanto, della sanzione pecuniaria” di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

- dei verbali di gara con specifico riferimento a quelli delle sedute pubbliche in data 2 marzo 2016, 10 marzo 2016 e 23 marzo 2016 limitatamente alle statuizioni circa il carattere essenziale dell'irregolarità riscontrata e la spettanza della sanzione pecuniaria indipendentemente dall'adesione alla procedura di soccorso istruttorio;

- del Bando di Gara e del Disciplinare di Gara nelle parti e per le ragioni meglio specificate in narrativa;

- della richiesta di escussione della cauzione provvisoria inoltrata dalla stazione appaltante;
- di ogni altro atto presupposto, precedente, conseguente e comunque connesso a quelli impugnati;

e per il risarcimento

dei danni patiti in conseguenza degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc Centostazioni S.p.a.-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2016 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara dell'8 dicembre 2015 la società Centostazioni S.p.a. ha bandito la procedura aperta, suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento dei "servizi integrati di pulizia e igiene ambientale di locali ed aree aperte al pubblico e non, ubicati nei complessi immobiliari di stazioni ferroviarie del network Centostazioni S.p.A., nonché di manutenzione ordinaria e mantenimento del decoro dei locali adibiti a servizi igienici pubblici".

Alla procedura in esame e, in particolare, al lotto n. 4 ha partecipato anche il costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese formato da Issitalia Andrea Barbato S.r.l., capogruppo mandataria, Pulistar S.r.l. e Costruzioni Edilferro S.r.l., mandanti.

Il punto III.2.3., lettera c), del Bando richiedeva, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica da parte dei concorrenti, "l'avvenuta esecuzione, anche con contratti diversi, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, di servizi di pulizia svolti in aree e/o edifici — entrambi aperti al pubblico e caratterizzati dalla necessità di intervento in costanza di attività — per un importo complessivo non inferiore a 1,5 volte l'importo annuo del servizio di pulizia del lotto per cui partecipa, comprensivo degli oneri della sicurezza e dunque non inferiore a... — per il lotto 4: 10.843.788 EUR (diecimilionioctocentoquarantatremilasettecentottantotto) IVA esclusa", con la precisazione che, "nel caso di raggruppamento temporaneo, [...] costituiti o da costituirsi ai sensi dell'art. 37 comma 8 del predetto D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., o GEIE, detto requisito dovrà essere posseduto e dichiarato in misura almeno pari alla parte dell'appalto effettivamente assunta nell'ambito del raggruppamento/consorzio/aggregazione/GEIE".

La mandante Pulistar S.r.l. assumeva, nell'ambito del RTI Issitalia, il 47% dell'appalto, in linea con il fatturato di cui al predetto punto 111.2.3., lettera c), del Bando in misura pari ad Euro 5.818.765,42.

Tuttavia, nella dichiarazione resa in sede di partecipazione alla procedura di gara secondo il modello di cui all'Allegato 2, Pulistar S.r.l. ha compilato lo spazio relativo al fatturato richiesto al punto 111.2.3., lettera c), del Bando non indicando al punto 7 l'importo posseduto, ma quello di Euro 4.842.028,50, vale a dire il fatturato maturato con riferimento a quanto richiesto alla precedente lettera b) del citato punto 111.2.3 del Bando e già inserito nella stessa dichiarazione al punto 6.

Alla seduta pubblica del 2 marzo 2016, Centostazioni disponeva, quindi, l'esclusione del RTI dalla gara, per mancanza da parte della mandante Pulistar S.r.l. del requisito di cui al punto 111.2.3., lettera c), del Bando.

In data 11 marzo 2016 Centostazioni, a seguito della richiesta di annullamento in autotutela della ricorrente, ha revocato il provvedimento espulsivo e, ravvisate alcune irregolarità nei certificati allegati dal RTI Issitalia a supporto della dichiarazione sul fatturato trasmessa con l'istanza in autotutela, ha attivato la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 16, invitando il predetto RTI a trasmettere i chiarimenti in ordine al possesso da parte della Pulistar S.r.l. del requisito di cui al punto lettera c), del Bando. La sanatoria veniva qualificata come "onerosa" e subordinata al pagamento della sanzione pecuniaria di cui al predetto art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti quantificata in Euro 40.000,00.

Il RTI Issitalia non ha aderito alla procedura di soccorso istruttorio e, non avendo più interesse alla riammissione in gara, non ha trasmesso i chiarimenti richiesti, né ha pagato la sanzione pecuniaria.

Con nota del 24 marzo 2016 la stazione appaltante ha comunicato al RTI Issitalia che, nella seduta pubblica del precedente 23 marzo 2016, si era preso atto di quanto sopra ed era stata disposta l'esclusione dello stesso dalla procedura di gara, con richiesta di pagamento della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti. Quindi, ha intimato al predetto RTI di versare la medesima nei successivi sette giorni pena l'immediata escussione della cauzione provvisoria e l'attivazione di ogni rimedio atto a recuperare le somme presuntivamente dovute.

Il RTI Issitalia, quindi, ha impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis, e 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Violazione e falsa applicazione del punto VI.3, lettera v), del Bando di Gara e dell'art. 1.1. del Disciplinare di Gara. Violazione dei principi comunitari di non aggravamento degli oneri di partecipazione alle gare pubbliche. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta, errore, grave sviamento.

La decisione di applicare la sanzione pecuniaria sarebbe contraddittoria rispetto a quanto

espresso dalla stessa Centostazioni nella precedente nota in data 11 marzo 2016 in cui aveva collegato il pagamento della sanzione all'ipotesi di adesione da parte del RTI Issitalia alla procedura di soccorso istruttorio.

In seguito la stazione appaltante ha ritenuto che tale pagamento fosse dovuto a prescindere dalla scelta del RTI di aderire o meno al soccorso istruttorio.

Sussisterebbe violazione dell'art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti così come interpretato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (cfr. determinazione ANAC 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", conseguente comunicato Presidente ANAC del 23 maggio 2015 e deliberazione ANAC n. 35 del 13 gennaio 2016).

La decisione impugnata violerebbe la *lex specialis* di gara predisposta da Centostazioni e, in particolare, con l'art. 1.1. del disciplinare di gara in cui prevede che, "ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, del D.lgs. 163/2006 e la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale relative agli elementi e/o alle dichiarazioni rese in gara [...] dovranno essere sanate su richiesta dell'Ente aggiudicatore nei termini all'uopo indicati e nel rispetto della citata norma [...] In caso di richiesta di quanto sopra, il concorrente è altresì tenuto al pagamento in favore dell'Ente aggiudicatore, secondo le modalità all'uopo indicate dall'Ente aggiudicatore, di una sanzione pecuniaria di importo pari a € 40.000,00 (euro quarantamila/00). [...]", con la precisazione che "in difetto il concorrente sarà escluso dalla gara...";

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis, e 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione del punto VI.3, lettera v), del Bando di Gara e dell'art. 1.1. del Disciplinare di Gara sotto altro profilo. Eccesso di potere per difetto dei presupposti.

L'irregolarità riscontrata a carico della dichiarazione del RTI Issitalia e, in particolare, della mandante Pulistar S.r.l. in merito al requisito di cui al punto 111.2.3., lettera c), del Bando, non potrebbe rientrare fra quelle essenziali: trattandosi di un mero refuso nella compilazione della dichiarazione nella quale — per errore di battitura — è stato indicato al punto 7 l'importo già riportato al punto 6 immediatamente precedente con riguardo al fatturato di cui al punto III.2.3., lettera b), del citato Bando. Nelle ipotesi di errori materiali immediatamente riconoscibili dalla stazione appaltante, l'art. 38, comma 2 bis ultima parte, del Codice dei Contratti prevederebbe solo la richiesta di integrazione e di chiarimenti, non essendo prevista l'applicazione della sanzione pecuniaria, che riguarda l'ipotesi, diversa, dell'irregolarità essenziale; per la quale peraltro non è prevista la possibilità di regolarizzazione;

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Costituzione e 38, 46 e 48 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione e falsa applicazione dei punti 111.1.1. e VI.3 lettera v) del Bando di Gara e del punto 1.2. lettera i) del Disciplinare di Gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti.

L'incameramento, a seguito dell'esclusione e del mancato pagamento della sanzione

pecuniaria, della cauzione provvisoria costituita dal RTI Issitalia per la partecipazione alla gara sarebbe illegittimo in quanto il Bando e il Disciplinare prevedevano che tale cauzione fosse costituita anche a garanzia della sanzione di cui sopra, mancando i presupposti di cui all'art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti per applicare la sanzione, l'incameramento automatico sarebbe illegittimo e in violazione delle stesse disposizioni della lex specialis di gara.

L'escussione della cauzione provvisoria potrebbe essere disposta soltanto nell'ipotesi di mancanza sostanziale del possesso del requisito, che non ricorrerebbe nel caso in esame. In conclusione è chiesto il risarcimento del danno consistente nella restituzione degli importi incamerati a seguito dell'escussione della cauzione provvisoria e delle eventuali ulteriori azioni che la stessa si è riservata di intraprendere nella citata nota.

La società Cento Stazioni si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Alla camera di consiglio dell'8.6.2016 con ordinanza n. 3102 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, confermando il decreto cautelare monocratico n. 2084/2016 del 27.4.2016.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie con le quali ribadiscono le proprie tesi.

All'udienza del 13 luglio 2016 la causa è stata trattenuta dal collegio per la decisione

DIRITTO

Con il ricorso in esame la ricorrente contesta l'irrogazione della sanzione pecuniaria di € 40.000 disposta dalla stazione appaltante a seguito della esclusione dalla gara per irregolarità emerse nella dichiarazione sul fatturato, dopo che il RTI Issitalia aveva deciso di non aderire alla procedura di soccorso istruttorio, che era stato subordinato da Centostazioni S.p.a. al pagamento della medesima sanzione pecuniaria sopra indicata.

Al fine di verificare la fondatezza delle censure è necessario un esame preliminare della disciplina vigente.

L'art. 38, comma 2-bis, del D.lgs. n. 163/2006 (introdotto dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito con modificazioni dalla L. n. 114/2014) 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 è 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 è escluso dalla gara".

L'art. 46, comma 1 ter, del D.lgs. n. 163/2006 prevede, altresì, che “le disposizioni di cui all'art. 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”.

Il D.L. 90/2014 ha, quindi, introdotto il c.d. soccorso istruttorio oneroso nelle ipotesi più gravi di irregolarità o incompletezza di documenti e dichiarazioni dei concorrenti.

Tale istituto è parallelo e alternativo rispetto al soccorso istruttorio ordinario “gratuito” previsto dall'art. 46, primo comma, del d.lgs. n. 163/2006 che si applica in tutte le ipotesi previste dagli artt. 38 a 45, riguardanti la fase di ammissione, e che consente ai concorrenti di fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, eventualmente integrandoli, soltanto però nelle ipotesi di irregolarità, in quanto il legislatore ha comune previsto, al comma 1 bis, la possibilità di escludere i partecipanti in caso di carenza di “elementi essenziali”.

La disciplina sopra richiamata è volta a distinguere le situazioni di gravi carenze nella formulazione delle offerte che come tali giustificano l'esclusione dalle mere irregolarità e che sono regolarizzabili o sanzionabili in via pecuniaria, in modo da verificare l'effettivo possesso dei requisiti richiesti, senza vanificare o stravolgere l'esito della gara per mere carenze formali (cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, n. 25/2015).

Il combinato disposto degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, oltre a disciplinare il soccorso istruttorio per le ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, prevede l'esclusione dalla procedura come sanzione derivante unicamente dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante e non più da carenze originarie (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 16/2014; idem, Sez. VI, n. 5890/2014).

In base all'art. 38, comma 2 bis, in caso di irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, il concorrente responsabile della mancanza è tenuto al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara; la medesima stazione appaltante assegna un termine non superiore a 10 giorni perché il concorrente provveda a regolarizzare e completare la documentazione e, solo in caso di inutile decorso di tale termine, commina l'esclusione. A tale disciplina fanno eccezione le ipotesi di irregolarità non essenziali e quelle di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per le quali si prevede che la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione e non applica alcuna sanzione pecuniaria.

Le norme sopra richiamate hanno, così, conformato il soccorso istruttorio in un quadro di necessaria interlocuzione e collaborazione tra soggetto pubblico e privato, al fine di evitare esclusioni legate a mere irregolarità formali o carenze documentali.

Centostazioni assume, in base ad un certo orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Palermo, n. 1043/2016; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, n. 66/2016; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, n. 784/2015), che la sanzione di cui all'art. 38, comma 2-bis, deve essere

comminata in ogni caso di incompletezza e irregolarità di elementi essenziali, sia nel caso in cui il concorrente che vi sia incorso decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, sia nell'ipotesi in cui questi, non usufruendo del soccorso istruttorio, manifesti il proprio disinteresse alla prosecuzione della gara e, quindi, venga escluso dalla procedura.

Ciò in quanto, in base alla formulazione letterale della norma, l'essenzialità dell'irregolarità determinerebbe di per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dal fatto che aderisca o meno all'invito di sanare tale irregolarità.

Quindi, secondo Centostazioni, solo quando l'irregolarità non è essenziale, il concorrente non sarebbe tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria, né la stazione appaltante dovrebbe ricorrere al soccorso istruttorio (art. 38 bis, comma 2 bis, seconda parte). L'esclusione in questo caso sarebbe una conseguenza diversa e in parte autonoma rispetto alla sanzione pecuniaria, per le ipotesi in cui il concorrente non dovesse aderire all'invito alla regolarizzazione della stazione appaltante.

Tale opzione interpretativa garantirebbe, inoltre, l'attendibilità delle offerte presentate dai partecipanti, favorendo la responsabilizzazione delle imprese partecipanti nel predisporre la documentazione di gara, contribuendo ad una più celere verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

Premesso quanto sopra, la tesi sostenuta dalla ricorrente si rivela più aderente sia al quadro normativo sopra delineato (vigente alla data di pubblicazione del bando e di applicazione della avversata sanzione), sia alla nuova disciplina vigente contenuta nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, entrambi orientati a favorire la massima partecipazione e ad evitare l'aggravamento del procedimento di partecipazione alle gare pubbliche, in modo da regolarizzare e completare le dichiarazioni rese e la documentazione prodotta senza incorrere nella sanzione espulsiva, confidando nel beneficio del soccorso istruttorio previo pagamento della sanzione pecuniaria.

Ne consegue che la sanzione dovuta alla stazione appaltante per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale dovrà essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, la procedura selettiva proseguirà più velocemente.

Proprio tale differenza giustifica l'omessa applicazione della sanzione nei confronti di coloro che preferiscono rinunciare alla gara (e al soccorso istruttorio) rendendola più spedita, in quanto l'Amministrazione non sarà costretta ad aprire una ulteriore fase di verifica della regolarità della documentazione.

In caso di mancata fruizione del beneficio del soccorso istruttorio, quindi, viene meno la ratio sottesa all'applicazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 2-bis, per cui la stessa non

è dovuta. In tal senso del resto, come già accennato, si è orientato più di recente il legislatore il quale, nel disciplinare il soccorso istruttorio, all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, ha precisato che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione".

L'esigenza di responsabilizzare i partecipanti nella predisposizione della documentazione occorrente per la partecipazione alla gara, a cui si riferisce l'orientamento giurisprudenziale richiamato da Centostazioni è, comunque, assicurata dallo stesso istituto del soccorso istruttorio, in quanto gli operatori economici sono consapevoli dell'onere economico al quale sarebbero esposti nell'ipotesi in cui non osservino le prescrizioni poste dalla lex specialis e dalla normativa di settore e intendano avvalersi del soccorso istruttorio per rimanere in gara.

Non senza considerare che nelle ipotesi in cui le imprese non intendano avvalersi del soccorso istruttorio, come nel caso di specie, rimarrebbero comunque a loro carico i costi di partecipazione alla gara a seguito della esclusione dalla stessa.

Come osservato di recente (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 27.5.2016, n. 2749) l'interpretazione più rigorosa dell'art. 38, comma 2-bis, suggerita dalla stazione appaltante finirebbe per determinare una equiparazione tra fattispecie normative distinte: quella del concorrente che ha reso una dichiarazione incompleta, ad esempio, sul possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, (che dovrebbe versare una sanzione il cui pagamento è garantito dalla cauzione provvisoria) e quella dell'impresa che, all'esito del controllo di cui all'art. 48 del Codice degli Appalti pubblici, risulti carente di tali requisiti, con conseguente obbligo di escussione della cauzione provvisoria (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 34/2014; T.A.R. Palermo, n. 1757/2015).

In entrambe le ipotesi il concorrente sarebbe esposto ad una misura sanzionatoria patrimoniale, sebbene tale equiparazione appaia in contrasto con il modello di soccorso istruttorio delineato nel citato art. 38, comma 2 bis, che distingue le mere irregolarità formali alle quali non corrisponde l'effettiva carenza dei requisiti essenziali, da quelle più gravi per le quali il soccorso è subordinato al pagamento di una sanzione.

Alla luce delle considerazioni espresse la sanzione individuata negli atti di gara deve essere comminata soltanto nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del soccorso istruttorio; mentre nelle ipotesi di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. In tale ultimo caso, la stazione appaltante potrà, altresì, incamerare la cauzione soltanto se la mancata integrazione dipenda da una effettiva carenza del requisito dichiarato.

L'incameramento, invece, non è consentito nelle ipotesi in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio.

In conclusione il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullata la nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016, nella parte in cui — stante l'esclusione dalla procedura di gara disposta quale conseguenza della mancata adesione alla procedura di soccorso istruttorio — si comunica la decisione di intimare il RTI ricorrente "il pagamento entro e non oltre sette giorni dalla ricezione della presente (...) della sanzione pecuniaria di Euro

40.000,00” ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e di procedere, “in caso di inutile decorso del predetto termine immediatamente all'escussione della cauzione provvisoria”.

Per le ragioni che precedono gli ulteriori motivi dedotti (secondo e terzo) possono essere dichiarati assorbiti per carenza di interesse, in quanto dal loro accoglimento non potrebbe derivare alla ricorrente alcuna utilità, né strumentale (rinnovazione totale o parziale della procedura indetta), né finale (aggiudicazione).

Del resto, la nota prot. n. 0003623/16 del 5 aprile 2016 e la nota prot. n. 2815/16 del 1 marzo 2016, oggetto del secondo e terzo motivo, costituiscono atti meramente consequenziali rispetto alla nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016.

L'assorbimento delle censure, peraltro, è conforme ai principi espressi nell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, che ha limitato a specifiche fattispecie la legittimità della prassi processuale dell'assorbimento dei motivi: l'assorbimento in esame, invero, è riconducibile alla categoria, delineata dal Supremo Consesso, dell'“assorbimento logico / necessario”, in quanto l'accoglimento della domanda prospettata in via prioritaria nel primo motivo comporta l'assorbimento delle censure subordinate espresse negli altri mezzi.

Non sussistono, tuttavia, i presupposti per disporre il risarcimento del danno in quanto la tutela cautelare tempestivamente accordata con il decreto cautelare e poi con l'ordinanza collegiale dell'8 giugno 2016 hanno eliminato alla radice il danno paventato dalla ricorrente.

c) il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale (espressamente o implicitamente) subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale.

Le spese si causa seguono la regola della soccombenza e sono regolate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016.

Condanna la Soc Centostazioni S.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente nella misura complessiva di € 3000,00 (tremila/00) oltre IVA, CPA e oneri dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente



Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Referendario