

La nuova disciplina sul soccorso istruttorio nelle gare di appalto

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 2-5-2017

1. A mente della formulazione letterale dell'art. 83, comma 9, terzo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, il mancato pagamento della sanzione irrogata per soccorso istruttorio deve ritenersi una causa di esclusione prescritta dalla legge, riferendosi l'inciso "a pena di esclusione" (per come è collocato, alla fine della frase e, quindi, a copertura di tutto quanto subito prima affermato) sia all'onere di rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie sia all'onere di presentare contestualmente il documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione.

2. Il quarto periodo del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 conferma che il pagamento della sanzione è funzionale alla prosecuzione della gara da parte dell'impresa nei cui confronti essa è stata comminata, costituendo una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante connesso all'aggravamento del procedimento causato dal soccorso istruttorio.

3. Non sussiste alcuna incompatibilità dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, con la disciplina comunitaria, essendo tale norma volta a bilanciare il principio di massima partecipazione con quello di autoresponsabilità e di parità di trattamento tra i partecipanti, trattandosi di un sistema che, ex ante, rende consapevoli gli operatori economici dell'onere economico che verrà loro imposto in caso di inosservanza delle prescrizioni relative alla presentazione della domanda (in tal modo responsabilizzandoli al corretto e tempestivo adempimento di tali prescrizioni) e che, ex post, mediante l'imposizione del pagamento della sanzione a pena di esclusione, è in grado di attenuare, in modo soddisfacente, il possibile attrito dell'istituto del soccorso istruttorio con il principio di par condicio rispetto a quei concorrenti che hanno tempestivamente ottemperato alle prescrizioni di gara.

Guida alla lettura

L'istituto del soccorso istruttorio ha da sempre suscitato particolare interesse, in quanto, come anche evidenziato da autorevole dottrina, rappresenta il logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati^[1].

Questi ultimi, attraverso lo strumento del soccorso istruttorio, sono messi nella condizione di

poter sanare omissioni e/o irregolarità documentali riscontrate nell'ambito del procedimento amministrativo, ivi compreso quello volto all'affidamento di contratti pubblici.

Pur perseguendo finalità indubbiamente pregevoli, l'istituto *de quo*, soprattutto in vigenza delle pregresso D. Lgs. n. 163/2006, non ha brillato per chiarezza.

Una delle questioni più spinose al tempo del c.d. "Codice de Lise" è stata indubbiamente quella involgente la distinzione tra regolarizzazione ed integrazione documentale e le conseguenze, sul piano procedimentale, derivanti dall'una o dall'altra ipotesi.

Mentre, infatti, la **regolarizzazione** documentale non ha mai causato particolari problemi, in quanto, in linea di massima, sempre consentita; **l'integrazione documentale è stata, viceversa, argomento fonte di aspre dispute.**

Presupponendo una omissione a monte, l'integrazione è sempre stata percepita come una sanatoria postuma inammissibile, perché innanzitutto violativa del sovrano principio della *par condicio*; ragion per cui il ricorso alla stessa è stato consentito solamente nei casi di ambiguità e/o di incertezza della legge di gara ed a fronte di chiarimenti richiesti ed ottenuti dalla stazione appaltante (cd. *ruling* contrattuale).

Già con il D.L. n. 90/2014 del 2014, convertito nella L. n. 114/2014, il Legislatore ha cercato di fronteggiare il problema della nebulosità della disciplina sul soccorso istruttorio, sì come originariamente introdotta dal D. Lgs. n. 163/2006.

Inserendo nell'art. 38 del suindicato decreto legislativo il comma 2 *bis*, il Legislatore ha disposto il pagamento di una sanzione pecuniaria a carico del soggetto resosi responsabile di aver presentato una dichiarazione sostitutiva alterata per mancanza, per incompletezza o per ogni altra **irregolarità essenziale** relativa ai requisiti di ordine generale ed agli elementi richiesti dal medesimo articolo 38. Con la precisazione che, in tal caso, la stazione appaltante avrebbe dovuto assegnare un termine entro cui rendere la integrazione o la regolarizzazione delle informazioni necessarie, spirato il quale il concorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Rimaneggiando il testo dell'art. 38, il Legislatore ha inoltre preso posizione anche nei confronti delle **irregolarità non essenziali e non indispensabili**, stabilendo che, in tale ipotesi, la stazione appaltante non avrebbe dovuto chiedere la regolarizzazione documentale né applicare alcuna sanzione.

Col successivo art. 46, comma 1 *ter*, del D. Lgs. n. 163/2006, è stato chiarito che le sopracitate disposizioni di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, andavano applicate ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi o delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, richieste dalla legge e/o dal bando e/o dalla disciplina di gara.

E' evidente che già con la L. n. 114/2014 il Legislatore ha cercato di valorizzare lo strumento del soccorso istruttorio al fine, da una parte, di evitare esclusioni formalistiche, dall'altra, di consentire alla stazione appaltante le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie^[2].

Stando così le cose, la disciplina sul soccorso istruttorio prevista dal D. Lgs. n. 50/2016, e, più nello specifico, dall'art. 83, comma 9 dello stesso, si pone in una logica di sostanziale continuità rispetto a quella del previgente D. Lgs. n. 163/2006, s.m.i., pur contenendo al suo interno alcune indubbe e, sotto certi aspetti, significative novità.

Innanzitutto, con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, il Legislatore ha inteso concentrare in un unico contesto la disciplina sull'istituto in parola.

Il comma 9 dell'articolo 83 del D. Lgs. n. 50/2016 regola, infatti, il soccorso istruttorio con riferimento a tutti gli elementi da produrre in sede di gara, ricomprendendo tutte le carenze inerenti sia i requisiti generali che speciali, nonché tutti gli altri elementi riportati nel DGUE. Come in passato, anche in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, l'applicabilità del soccorso istruttorio resta indissolubilmente legata all'eventuale ricorrenza di una fattispecie di esclusione tipizzata; di conseguenza, l'operatività dell'istituto in parola dipende essenzialmente da una scelta fatta a monte dal Legislatore e non da scelte a valle della singola stazione appaltante^[3].

Il che si rinvia dal testo del comma 8 dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, il quale ha soppiantato l'art. 46, comma 1 *bis*, del D. Lgs. n. 163/2006, ribadendo comunque il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Donde, oggi come ieri, l'indispensabilità di un determinato adempimento formale o documentale continua a dipendere dalla predeterminazione normativa.

Rispetto alla previgente disciplina, due sono le novità introdotte dal D. Lgs. n. 50/2016 in ordine all'utilizzo o, meglio, ai limiti di operatività del soccorso istruttorio.

La prima consiste nella previsione dell'impossibilità del ricorso allo strumento di che trattasi per sanare irregolarità e carenze riguardanti l'offerta tecnica ed economica.

Con tale prescrizione il Legislatore ha elevato a rango di norma l'indirizzo esegetico consolidatosi in vigore della precedente disciplina, che aveva trovato consenso anche da parte dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (cfr. Determinazione n. 1/2015).

La *ratio* di tale disposizione è d'immediata percezione: evitare sanatorie postume comportanti una plateale violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Più problematico è il secondo limite all'utilizzo del soccorso istruttorio introdotto dal primo periodo del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2016. Più nello specifico, a mente di quest'ultimo, <<le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio>>.

L'utilizzo della espressione carenze di qualsiasi elemento formale ha all'inizio indotto più di qualcuno a credere che con la riforma operata dal D. Lgs. n. 50/2016 il Legislatore avesse voluto amplificare, finanche oltre misura, l'utilizzo dell'istituto *de quo*.

Così però non è stato.

Mettendo, infatti, in correlazione il primo periodo con l'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83 in esame ci si rende immediatamente conto che in realtà il soccorso istruttorio è ammesso a determinate condizioni, ossia a condizione che:

a) il concorrente non sia incorso in irregolarità essenziali non sanabili, intendendosi per tali le irregolarità che non consentono l'individuazione del contenuto della documentazione o del soggetto responsabile della stessa.

In siffatta ipotesi il soccorso istruttorio non può operare;

b) il concorrente abbia commesso irregolarità essenziali sanabili, vale a dire irregolarità che, pur non presentando le caratteristiche di quelle non sanabili, influiscono comunque sulla determinazione dei contenuti del documento presentato. In tal caso, il soccorso istruttorio è ammesso, ma dietro pagamento di una sanzione pecuniaria da parte del concorrente;

c) il concorrente sia incorso in irregolarità formali o non essenziali. In tale circostanza, è consentito il soccorso istruttorio senza alcun pagamento di sanzione pecuniaria.

Sui limiti operativi del soccorso istruttorio si è recentissimamente espresso il TAR Lazio, con la sentenza n. 4990/2017.

Trattasi di pronuncia che va a corroborare l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in forza del dato letterale dell'art. 83, comma 9, terzo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016^[4], il mancato pagamento della sanzione irrogata per soccorso istruttorio deve ritenersi una causa di esclusione prescritta dalla legge.

Ad avviso del TAR, <<l'inciso "a pena di esclusione" riferendosi – per come è collocato, alla fine della frase e, quindi, a copertura di tutto quanto subito prima affermato – sia all'onere di rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, sia all'onere di presentare contestualmente il documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione>> (TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, 28 aprile 2017, n. 4990 cit.).

Secondo il ragionamento del Giudice capitolino, ciò troverebbe conferma nel successivo quarto periodo del comma 9 dell'art. 83 in esame. Più nello specifico, la disposizione per cui <<la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione>> darebbe atto del fatto che il pagamento della sanzione è funzionale alla prosecuzione della gara da parte dell'impresa nei cui confronti essa è stata comminata, costituendo una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante connesso all'aggravamento del procedimento causato dal soccorso istruttorio, con la conseguenza che il mancato pagamento non può che determinare l'esclusione dalla gara.

In realtà, il TAR Lazio si era già espresso in questi termini con la precedente sentenza n. 9656/2016.

In buona sostanza, a dire del TAR romano, attraverso l'istituto del soccorso istruttorio c.d.

“oneroso”, il Legislatore ha voluto garantire la massima partecipazione, responsabilizzando, tuttavia, *i concorrenti nella predisposizione della documentazione occorrente per la partecipazione alla gara.*

In altri termini, l'istituto in parola si caratterizza, ex ante, per rendere consapevoli i concorrenti dell'onere economico che verrà loro imposto in caso di inosservanza delle prescrizioni imposte dalla lex specialis e dalla normativa di settore, nonché, ex post, per essere in grado di attenuare in maniera soddisfacente, mediante l'imposizione del pagamento della sanzione a pena di esclusione, il possibile attrito del soccorso istruttorio con il principio della par condicio rispetto a quei concorrenti che hanno tempestivamente ottemperato alle prescrizioni di gara.

Indubbiamente, rispetto alla previgente disciplina, l'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 si contraddistingue per aver completamente mutato il volto del “soccorso istruttorio a pagamento”.

Come, infatti, chiarito dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3667/2016, in forza del D. Lgs. n. 163/2006, s.m.i., la sanzione pecuniaria colpiva il semplice fatto dell'aver presentato una dichiarazione difettosa; era pertanto irrilevante che l'omissione venisse poi sanata o meno dall'impresa interessata. Con l'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 la sanzione deve essere comminata soltanto nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del soccorso istruttorio. Nelle ipotesi di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara e, sempre in quest'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.

[1] Cfr. r. galli, in “Nuovo corso di diritto amministrativo”, Tomo I-II, Edizione VI, CEDAM, 2016; ed ancora I. cipriano, in “Il nuovo volto del soccorso istruttorio”, su questa rivista.

[2] La riforma operata con il D.L. n. 90/2014 ha una indubbia portata innovativa, non fosse altro perché segna un punto di svolta in senso totalmente opposto a quello sino a quel momento tracciato dalla giurisprudenza amministrativa. Com'è noto, infatti, il Consiglio di Stato, con la nota decisione n. 9/2014, resa in Adunanza Plenaria, aveva categoricamente escluso l'operatività del soccorso istruttorio in caso di carenze concernenti requisiti di partecipazione richiesti a pena di esclusione. Con la novella in parola, invece, le cose sono radicalmente cambiate.

[3] Cfr. I. cipriano, in “*op. cit.*”.

[4] Art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016 <<Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, 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 5.000 euro. 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, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa>>.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11734 del 2016, proposto da:
ADDOVE S.R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Martini, Stefano Rossi, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Martini in Roma, corso Trieste 109;

contro

ENEA- AGENZIA NAZIONALE PER LE NUOVE TECNOLOGIE, L'ENERGIA E LO SVILUPPO ECONOMICO SOSTENIBILE, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

ALL FOODS S.R.L., CATERING & CLEANING S.R.L., rappresentate e difese dall'avvocato Enrico Di lenno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Mazzini, 33;

per l'annullamento,***previa sospensione cautelare,***

- della deliberazione della Commissione di Gara del 21.09.2016 - prot ENEA/2016/43820/ISER, notificata via PEC in data 21.09.2016;
- del disciplinare di gara Disposizione n. 55/2016/PRES nella parte in cui prevede quale "*irregolarità essenziale*", per le quali si attiva la procedura prevista al foglio n. 14 - lettera K), che prevede il pagamento in favore dell'Enea della sanzione unica di euro 5.000,00, a pena di esclusione dalla gara, "*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità di cui alle precedenti lettere l) (allegati 1.c)*" (fogli 14 e 15 del disciplinare);
- del provvedimento del 21 settembre del 2016 prot. ENEA/2016/43760/ISER con il quale la Commissione di gara ha respinto l'istanza formulata dalla Addove s.r.l. in data 08 agosto 2016, diretta alla adozione del provvedimento di esclusione dalla gara della società All Foods s.r.l. per difetto dei requisiti di cui all'art 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016;
- della disposizione n. 143/2016/PRES del 27/09/2016 con la quale la Enea ha aggiudicato in via definitiva la procedura aperta (art. 60 del D.lgs. n.50 del 18 aprile 2016) per l'appalto del servizio di ristorazione e *snack bar* a ridotto impatto ambientale e a valenza sociale dei Centri Enea di Bologna, Casaccia, Brasimone, Frascati, Portici, Santa Teresa, Saluggia, Sede legale e Trisaia ai sensi del D.M. MATTM 25/07/2011 - gara n. 907 - CIG 66668087FF, al raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.) composto da All Foods s.r.l. e da Catering & Cleaning s.r.l.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ENEA- Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie,

l'Energia e lo Sviluppo Economico Sostenibile e (con atto collettivo) di All Foods s.r.l. e di Catering & Cleaning s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il ricorso incidentale depositato, in data 5 dicembre 2016, da ALL FOODS S.R.L. e da CATERING & CLEANING S.R.L., rappresentate e difese – come *supra* – dall'avv. Enrico Di lenno;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 6, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2017 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che, con il ricorso in esame, la Addove s.r.l. ha impugnato gli atti relativi alla gara ad evidenza pubblica, bandita nell'aprile 2016 dall'ENEA– Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie, l'Energia e lo Sviluppo Economico Sostenibile, avente ad oggetto l'affidamento “*del servizio mensa, snack bar e distributori automatici di alimenti e bevande a ridotto impatto ambientale e rispettoso dei diritti umani fondamentali lungo l'intera catena di fornitura per centri ENEA di Bologna, Brasimone, Casaccia, Frascati, Portici, Saluggia, Santa Teresa, sede legale, Trisaia*”, per la durata di trentasei mesi;

che, in particolare, la ricorrente ha impugnato la deliberazione n. 43820, del 21 settembre 2016, con cui il Responsabile Unico del Procedimento le ha comunicato l'esclusione dalla gara, “*ai sensi dell'art. 83, comma 9 del D.Lgs 50/2016, per non aver ottemperato, nei termini perentori stabiliti con comunicazione ENEA/2016/34897/ISER del 15/7/2016, al pagamento della sanzione di 5000,00 € irrogata per il soccorso istruttorio concesso a Codesta impresa*”, insieme al disciplinare di gara laddove (fogli nn. 14 e 15) si prevedevano, quali “*irregolarità essenziali*”, “*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità delle dichiarazioni di cui alle precedenti lettere [...] I) (Allegati 1.a, 1.b se del caso, 1.c)*”;

che, inoltre, oggetto di impugnazione sono gli atti con i quali il raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.) tra la All Foods s.r.l. e la Catering & Cleaning s.r.l. non è stato escluso dalla gara (provvedimento n. 43760, del 21 settembre 2016, con cui è stata respinta l'istanza di Addove s.r.l. volta a far escludere tale r.t.i. per difetto dei requisiti prescritti dall'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016) ed è stato individuato quale aggiudicatario dell'appalto (provvedimento n. 143/2016/PRES del 27 settembre 2016, recante l'aggiudicazione definitiva);

che degli atti impugnati la ricorrente ha domandato l'annullamento, previa sospensione cautelare, sollevando in diritto le seguenti censure, così riassumibili:

a) quanto agli atti con cui la ricorrente è stata esclusa per il mancato pagamento della sanzione di euro 5.000,00 per “soccorso istruttorio”: 1a) violazione dell'art. 83, comma 9, del

d.lgs. n. 50 del 2016, il cui tenore testuale porterebbe “a ritenere che è la sola regolarizzazione delle dichiarazioni ad essere prevista a pena di esclusione e non già il pagamento della sanzione”, pena altrimenti l’incostituzionalità di tale disposizione per contrasto con i principi ed i criteri direttivi di cui all’art. 1, comma 1, lett. z, della legge-delega n. 11 del 2016 nonché la sua incompatibilità comunitaria per contrasto con l’art. 56, comma 3, della direttiva 2014/24/UE (nel solco di quanto già ritenuto da questo TAR con l’ordinanza n. 10012 del 2016 della sez. III che ha sollevato apposita questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea); 2a) violazione, sotto altro profilo, dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto il disciplinare di gara aveva espressamente incluso tra le irregolarità essenziali quelle concernenti il documento denominato “*Patto di integrità tra l’ENEA e gli operatori economici*” (di cui al foglio n. 13 del disciplinare, *sub* lett. I, all. 1.c), documento la cui mancanza, però, potrebbe al più configurare “una irregolarità di carattere formale” come tale non suscettibile di determinare l’onerosità del soccorso istruttorio ai sensi del richiamato art. 83, comma 9;

b) quanto agli atti con cui la All Foods s.r.l., capogruppo del raggruppamento aggiudicatario, non è stata esclusa dalla gara: violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50 del 2016, per “sussistenza di una precedente risoluzione di un contratto di appalto con un ente pubblico”, circostanza neppure dichiarata nell’apposita sezione del DGUE- Documento di Gara Unico Europeo e tale da integrare la fattispecie di esclusione prevista dall’art. 80, comma 5, lett. c, ultima parte, del d.lgs. n. 50 del 2016 (aver fornito “*informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione*”), e conseguente difetto di motivazione dell’atto che ha respinto l’istanza di esclusione (avanzata dalla ricorrente);

che la ricorrente ha altresì domandato la tutela in forma specifica e per equivalente, ai sensi dell’art. 124 cod. proc. amm.;

che si sono costituite in giudizio, con atto collettivo, le controinteressate All Foods s.r.l. e Catering & Cleaning s.r.l., chiedendo il rigetto del gravame non senza sollevare, preliminarmente, alcune eccezioni in rito; le medesime società hanno altresì depositato, il 5 dicembre 2016, un ricorso incidentale, impugnando i verbali della Commissione di gara del 14 e del 26 luglio 2016, nella parte in cui la ricorrente Addove s.r.l. non è stata esclusa anche per ulteriori ragioni (mancanza di uno dei requisiti di idoneità professionale; inidoneità, sotto svariati profili, del contratto di avvalimento stipulato con la Quadrelle 2001 s.c.s.; violazione dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 “per indicazione degli oneri di sicurezza pari quasi a zero”);

che si è costituita in giudizio, altresì, l’ENEA– Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie, l’Energia e lo Sviluppo Economico Sostenibile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocatura generale dello Stato, depositando documenti e chiedendo anch’essa il rigetto del ricorso principale, sostenendone l’infondatezza sotto tutti i dedotti profili di censura;

che, con rispettive memorie depositate il 14 dicembre 2016, l’amministrazione resistente e la ricorrente principale hanno replicato alle censure di cui al ricorso incidentale, sostenendone

l'infondatezza nel merito e sollevando (da parte della ricorrente principale) anche alcune eccezioni relative alla sua tempestività;

che, con ordinanza n. 8133 del 2016, questo TAR ha respinto la domanda cautelare, non ritenendo sussistenti apprezzabili profili di *fumus boni iuris*;

che, in vista della pubblica udienza di discussione, le ricorrenti incidentali hanno depositato in giudizio il contratto d'appalto, da loro nel frattempo stipulato con l'amministrazione aggiudicatrice;

che alla pubblica udienza del 29 marzo 2017 la causa è stata trattenuta in decisione;

Considerato che la presente causa deve essere decisa con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 120, comma 6, cod. proc. amm. (così come modificato dal decreto-legge n. 90 del 2014, convertito in legge n. 114 del 2014);

che il ricorso principale deve essere in parte respinto, in quanto non fondato (ciò, relativamente alle censure *sub 1a e 2a*), ed in parte dichiarato improcedibile (ciò, quanto alle censure *sub b*), potendosi dunque prescindere – per ragioni di economia processuale – dalla disamina sia delle plurime eccezioni in rito sollevate dalle parti resistenti sia del ricorso incidentale (rispetto al quale, in particolare, le ricorrenti incidentali perdono interesse);

che, riguardo al primo motivo di impugnazione *sub 1a*, a mente della formulazione letterale dell'art. 83, comma 9, terzo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*"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, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione"*), il mancato pagamento della sanzione irrogata per soccorso istruttorio deve ritenersi una causa di esclusione prescritta dalla legge, l'inciso *"a pena di esclusione"* riferendosi – per come è collocato, alla fine della frase e, quindi, a copertura di tutto quanto subito prima affermato – sia all'onere di rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, sia all'onere di presentare contestualmente il documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione;

che, comunque, il successivo quarto periodo del comma 9 cit. (*"La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione"*) conferma che il pagamento della sanzione è funzionale alla prosecuzione della gara da parte dell'impresa nei cui confronti essa è stata comminata, costituendo quindi una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante connesso all'aggravamento del procedimento causato dal soccorso istruttorio (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 9656 del 2016), con la conseguenza che il mancato pagamento non può che determinare l'esclusione dalla gara;

che, del resto, la richiamata interpretazione letterale non è in contrasto con quanto previsto dalla legge-delega n. 11 del 2016 (art. 1, comma 1, lett. z) i cui principi e criteri direttivi, nel prescrivere la *"piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda"*, rendono ferma la *"non onerosità"* solo per l'integrazione

degli elementi formali, mantenendo così salva la possibilità soccorso istruttorio oneroso per l'integrazione delle carenze documentali aventi – come nella specie – natura essenziale (o non meramente formale);

che, inoltre, il Collegio non condivide i prospettati profili di contrasto con la normativa euro-unitaria la quale, anzi, pare rispettata da una previsione nazionale (quale quella di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016) volta a bilanciare il principio di massima partecipazione con quello di autoresponsabilità e di parità di trattamento tra i partecipanti, trattandosi di un sistema che, *ex ante*, rende consapevoli gli operatori economici dell'onere economico che verrà loro imposto in caso di inosservanza delle prescrizioni relative alla presentazione della domanda (in tal modo responsabilizzandoli al corretto e tempestivo adempimento di tali prescrizioni) e che, *ex post*, mediante l'imposizione del pagamento della sanzione a pena di esclusione, è in grado di attenuare, in modo soddisfacente, il possibile attrito dell'istituto del soccorso istruttorio con il principio di *par condicio* rispetto a quei concorrenti che hanno tempestivamente ottemperato alle prescrizioni di gara;

che, peraltro, nel raffronto con quanto si prevedeva – nella precedente versione dell'istituto – all'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 (norma, quest'ultima, oggetto della questione pregiudiziale sollevata da questo TAR con l'invocata ordinanza n. 10012 del 2016), la nuova disciplina del soccorso istruttorio, di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, si svela maggiormente equilibrata nel fissare un importo sanzionatorio ben più contenuto (massimo fino a 5.000,00 euro, a fronte della precedente previsione che poteva arrivare anche a 50.000,00 euro) e che, comunque, viene imposto solo in caso di regolarizzazione;

che non è fondato neanche il secondo motivo di impugnazione *sub 2a*;

che, in proposito, è sufficiente rilevare la mancanza, nel caso di specie, non solo del documento denominato "*Patto di integrità*" (rispetto al quale è costruita l'intera censura in esame) ma anche, e soprattutto, del DGUE- Documento di Gara Unico Europeo la cui completezza, a norma dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce elemento essenziale ai fini della partecipazione alla gara;

che, in conclusione, il provvedimento con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara si sottrae alle censure di cui al ricorso principale, con la conseguenza che la ricorrente perde interesse alla disamina dell'ulteriore motivo di gravame (quello *sub b*) relativo alla mancata esclusione del raggruppamento poi individuato quale aggiudicatario della gara;

che, pertanto, relativamente a tale parte, il ricorso principale deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse;

che le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono da liquidarsi in euro 2.000,00 (duemila/00) in favore di ciascuna delle due parti resistenti, per un totale di euro 4.000,00 (quattromila/00);

(omissis)