

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

NEWS ID 19205 del 4 febbraio 2015

Lancio: Irregolarità in gara: per l'ANAC la sanzione si paga solo nel caso di regolarizzazione

Abstract: L'ANAC definisce, con una nuova determinazione, *“i criteri interpretativi del nuovo soccorso istruttorio con sanzione, di cui al comma 2 bis dell'articolo 38 e al comma 1 ter dell'articolo 46 del D.lgs. 163/2006”*.

(Approfondimenti: Procedure di Gara)

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha pubblicato sul proprio sito la determinazione n. 1 dell' 8 gennaio 2015, concernente i *“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”*.

Com'è noto, l'articolo 39 del DL 90 del 2014, modificando l'art. 38 e 46 del Codice dei Contratti, è intervenuto sulla disciplina del soccorso istruttorio nell'ambito della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, prevedendo l'applicazione di una sanzione pecuniaria nei casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti medesimi e la possibilità di rendere, integrare o regolarizzare le suddette dichiarazioni.

Con la determinazione in commento, l'ANAC fornisce importanti chiarimenti nell'individuazione delle omissioni, incompletezze ed irregolarità sanabili con riferimento agli elementi e alle dichiarazioni che i concorrenti devono produrre in gara in base alla legge, al bando e al disciplinare.

In questo ambito, viene, altresì, ripercorsa la disciplina sulle cause tassative di esclusione, già oggetto di disamina nella Determinazione n. 4/2012, evidenziando il carattere di resistenza, ovvero di cedevolezza, rispetto alla nuova disciplina di cui all'art. 38, comma 2 bis.

Al riguardo, si vuole ricordare che la determinazione dell'ANAC è stata adottata a seguito di una consultazione degli operatori di settore, nel corso della quale l'ANCE ha evidenziato i numerosi profili di criticità della disposizione, anche sulla base delle segnalazioni pervenute dal sistema associativo.

Ciò premesso, l'Autorità, con la determinazione definitiva, ha accolto, sulle questioni interpretative di maggiore interesse, numerosi rilievi dell'ANCE, come si dirà più diffusamente oltre.

La determinazione evidenzia, anzitutto, che la novella normativa del DL 90/2014 ha “procedimentalizzato” l'istituto del soccorso istruttorio, che, in tal modo, diventa doveroso per ogni ipotesi di omissione o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara, talché l'esclusione dalla procedura diviene possibile solo in caso di omessa regolarizzazione, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante.

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Naturalmente, sottolinea l'ANAC, in linea con quanto ANCE ha sempre sostenuto, la nuova disciplina non può in nessun caso essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla *lex specialis*, ossia alla scadenza del termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

La finalità della nuova disposizione, ad avviso dell'ANAC, è infatti solo quella di evitare esclusioni dalla gara per mere carenze documentali, ivi compresa anche l'eventuale mancanza assoluta delle dichiarazioni, imponendo a tal fine una istruttoria veloce e preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima di valutare l'ammissibilità dell'offerta. Ciò in quanto, ai fini della partecipazione alla gara, occorre dare prevalenza al dato sostanziale concernente l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, rispetto al dato formale concernente la completezza della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti.

Ciò premesso, l'Autorità passa ad individuare le diverse fattispecie di irregolarità, ed il relativo regime da applicare.

A tal fine, viene definita essenziale *“ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice”*.

In particolare, rientrano in tale nozione i casi in cui :

- 1) non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice;
- 2) la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito;
- 3) la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno.

Un'attenzione particolare, secondo l'Autorità, merita l'ipotesi di omessa indicazione delle sentenze di condanna di cui al comma 1, lett. c) dell'articolo 38.

Infatti, la determinazione prevede che se la dichiarazione dovesse risultare completamente omessa, ovvero se si dovesse dichiarare di aver riportato talune condanne, senza tuttavia indicarle, può essere chiesto al concorrente, rispettivamente, di produrre la dichiarazione mancante ovvero di indicare le singole sentenze riportate.

Diverso, invece, è il caso in cui l'omessa dichiarazione delle sentenze di condanna integri gli estremi di una dichiarazione negativa, cioè di non sussistenza delle stesse, laddove ve ne siano.

Infatti, in tal caso, la fattispecie integra gli estremi del “falso in gara”, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di non sanabilità della dichiarazione, esclusione dalla gara e segnalazione all'Autorità.

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

La determinazione individua, poi, altre due tipologie di irregolarità.

La prima attiene alla mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, alla quale non segue sanzione, né obbligo di regolarizzazione del concorrente.

La seconda, invece, comprende quelle dichiarazioni che non possono considerarsi essenziali, ma che sono comunque esigibili dalla stazione appaltante, poiché afferenti ad elementi indispensabili - sotto il profilo della verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti - talché deve ritenersi sempre possibile, ad avviso dell'ANAC, attivare il soccorso istruttorio, senza però irrogare alcuna sanzione pecuniaria.

In quest'ultima categoria viene quindi incluso un *tertium genus* di irregolarità (nel quale annoverare, ad esempio, la richiesta di indicazione delle posizioni Inps, Inail e Cassa edile, ai fini della verifica della regolarità contributiva, ovvero l'indicazione degli estremi del decreto relativo all' ammissione al concordato con continuità aziendale, o anche la richiesta di indicazione dell'indirizzo dell'agenzia delle entrate territorialmente competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, come infine le indicazioni del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica, rilevanti ai fini delle comunicazioni).

Di grande rilievo, anche rispetto alla bozza posta alla base della consultazione, sono le indicazioni dell'ANAC **in merito al procedimento di applicazione della sanzione**.

In particolare, l'ANAC, **accogliendo sul punto le osservazioni espresse dall'ANCE in sede di consultazione**, ha ritenuto che **la sanzione individuata negli atti di gara debba essere comminata nel solo caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio.**

L'irrogazione della sanzione viene, peraltro, correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità essenziali riscontrate e pertanto, come sostenuto da Ance, dovrà essere considerata in maniera omnicomprensiva.

Ciò significa che, in caso di mancata regolarizzazione, la stazione appaltante procederà alla sola esclusione del concorrente dalla gara.

In tale ipotesi, il bando potrà prevedere che si proceda anche all'incameramento della cauzione provvisoria, esclusivamente nel caso in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza sostanziale del requisito dichiarato.

La determinazione ribadisce, che, viceversa, all'incameramento della cauzione non si potrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio.

Per tutti gli altri casi di mancata integrazione, a seguito della richiesta della stazione appaltante, che non dipendano da carenza del requisito, la stazione appaltante darà comunicazione all'ANAC che ne terrà conto quale notizia utile ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. dd) del Dpr 207/2010 (ovverosia ai fini della tenuta del casellario informatico).

Inoltre, l'ANAC chiarisce che la sanzione deve essere comminata esclusivamente al soggetto le cui dichiarazioni si siano rivelate carenti o debbano essere integrate e/o regolarizzate, anche nel caso di presentazione dell'offerta da parte di raggruppamenti

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

temporanei, sia costituiti che costituendi. La sanzione deve essere comminata anche all'impresa ausiliaria, qualora la stessa produca una dichiarazione ex articolo 38 carente.

Altro tema di notevole importanza, è quello attinente all'esatta determinazione del **quantum della sanzione**.

Sul punto, l'ANAC, condividendo l'interpretazione dell'ANCE, afferma espressamente che **la funzione di garanzia svolta dalla cauzione provvisoria non determina un aumento del relativo importo**.

È fatto comunque salvo l'obbligo di reintegrare la cauzione, qualora venisse parzialmente escussa per il pagamento della sanzione. Ciò sempre che lo stesso concorrente opti per tale modalità di corresponsione in luogo del pagamento diretto; logicamente la mancata reintegrazione della cauzione costituirà causa di esclusione del concorrente dalla gara.

La disciplina introdotta dall'articolo 39 del DI n. 90/2014, alla luce del nuovo comma 1 *ter* dell'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici, ha importanti riflessi anche sulla disciplina del soccorso istruttorio riferito ad elementi e dichiarazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle contemplate dal citato articolo 38.

Il nuovo comma 1-ter dell'art. 46 prevede, infatti, che le disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis, trovino applicazione in ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in gara.

Ora, l'Autorità ricorda che il soccorso istruttorio di cui al comma 1 dell'articolo 46 del Codice è stato ritenuto, per giurisprudenza pacifica, circoscritto alla possibilità di chiedere chiarimenti, delucidazioni ovvero aggiornamenti in ordine a dichiarazioni e documenti già presentati dal concorrente.

Ciò premesso, la novella di cui al comma 1^{ter} dell'articolo 46 determina un'inversione radicale di principio, in quanto rende sanabile qualsiasi incertezza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e della inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (art. 46, comma 1 bis del D.lgs. 163/2006).

Le disposizioni citate, dunque, necessitano di una interpretazione logico-sistematica che garantisca una maggiore coerenza del sistema.

In tale ottica, l'ANAC ritiene che il riferimento contenuto agli elementi e alle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, di cui al comma 1 *ter* dell'articolo 46 consente una estensione del soccorso istruttorio a tutte le dichiarazioni e i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione; esso, viceversa, non può essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta; diversamente si altererebbe il canone della par condicio dei concorrenti, nonché i principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa.

Ciò significa che l'istituto del soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione in gara di un requisito o condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Inoltre, la nuova disciplina introdotta dall'articolo 39 del DI. N.90/2014 deve essere coordinata anche con il comma 1 bis dell'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici, ossia occorre stabilire quali sono gli elementi, la cui mancanza, incompletezza ed irregolarità non può essere sanata, in quanto le relative dichiarazioni e gli adempimenti normativi prescritti incidono direttamente sul contenuto dell'offerta, sulla provenienza della stessa ovvero sulla sua segretezza.

In particolare, il citato comma 1 bis esclude i candidati o i concorrenti, oltreché in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, anche nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Alla luce di tale disposizione, l'ANAC ritiene :

- a) sanabile la mancata sottoscrizione dell'offerta o della domanda di partecipazione da parte del titolare dell'impresa o del legale rappresentate o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza, prevista dagli artt. 73 e 74 del Codice, in quanto tale errore non impatta sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta.
- b) sanabili le irregolarità attinenti alla cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data.
- c) non sanabile, negli appalti di lavori, la mancata effettuazione del sopralluogo di cui all'art. 106, comma2, del Dpr 207/2010; viceversa, la mancata o irregolare allegazione della dichiarazione di cui al citato articolo 106, ove il concorrente abbia effettivamente provveduto al sopralluogo, può essere sanata.

Invece, per quanto attiene alle irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara, l'ANAC ritiene cause di esclusione :

1. la mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, ovvero l'apposizione su di esso di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;
2. la mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni;
3. la mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse. Si evidenzia che, ad avviso dell'ANAC, l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura; alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio dovrebbe, inoltre, considerarsi sanabile l'omessa indicazione relativa al contenuto delle buste, se alla medesima si

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

possa avviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessità di apertura.

4. Il mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico esterno recante tutta la documentazione e più in generale la loro mancata separazione fisica. Viene precisato che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto.

Al contrario, l'ANAC ritiene che non possano costituire cause legittime di esclusione, *inter alia*:

1. la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;
2. la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;
3. la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara.

Resta salva, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, la facoltà delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente.

L'ANAC riconduce, invece, alla categoria delle irregolarità non essenziali ma attinenti ad elementi indispensabili, e, quindi, sanabili senza comminatoria di sanzione, la mancata indicazione, da parte del concorrente, del domicilio eletto per le comunicazioni, nonché la mancata indicazioni del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica da parte dello stesso concorrente.

In tema di avvalimento, l'Autorità ritiene non sanabile la mancata dichiarazione della volontà di ricorso all'avvalimento, dal momento che l'integrazione o la regolarizzazione possono riguardare solo la documentazione a corredo della stessa dichiarazione.

Costituisce, inoltre, causa di esclusione dalla gara l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità; non può, invece, essere sanzionato con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo, l'aver effettuato il versamento con modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, oppure l'aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione la ricevuta di pagamento. La mancata allegazione può essere oggetto di soccorso istruttorio dietro pagamento della relativa sanzione.

Con riferimento, poi, al principio di corrispondenza tra le quote di partecipazione e quote di esecuzione, l'Autorità afferma che, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 92 del Regolamento n. 207/2010, l'obbligo dichiarativo in ordine alle quote di partecipazione al RTI permane per i lavori, ma, in ogni caso, l'omissione o eventuali carenze e/o incompletezze della dichiarazione possono essere sanate, dietro pagamento della sanzione.

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

In merito all'istituto del subappalto, l'ANAC evidenzia che l'indicazione da parte del concorrente dei lavori o delle parti di opere che intende subappaltare, all'atto della presentazione dell'offerta, costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante, ma non ai fini della partecipazione alla gara.

Dunque, la violazione dell'obbligo dichiarativo può costituire causa di esclusione solo qualora l'affidamento in subappalto costituisca un presupposto indispensabile per coprire la qualificazione necessaria ad eseguire determinate categorie di lavorazioni, delle quali il concorrente sia sprovvisto.

In particolare, nel caso in cui il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente, non in possesso delle corrispondenti qualificazioni, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al relativo subappalto, la stazione appaltante dovrà disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, se aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni, né essere autorizzato a subappaltarle; diversamente opinando, si altererebbe il principio di *par condicio* tra i concorrenti.

L'Autorità, infine, ribadisce, che la normativa prevista dall'articolo 118 del Codice dei contratti pubblici non comporta assolutamente l'obbligo per il concorrente di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, in linea con quanto ANCE ha sempre sostenuto.

In ultimo, la determinazione si sofferma sulla questione dei protocolli di legalità, affermando che la mancata dichiarazione di accettazione delle condizioni contrattuali in essi contenuti, non attenendo ad elementi dell'offerta, deve ritenersi sanabile.

Infine, si osserva che la determinazione, apprezzabile nel suo complesso, non affronta la questione concernente i criteri per poter quantificare l'importo della sanzione, all'interno del range consentito dalla norma, limitandosi, come detto, a precisare che la stessa dovrà essere omnicomprensiva.

Al riguardo, è auspicabile che le stazioni appaltanti si ispirino comunque a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, evitando di porre ostacoli ingiustificati, che traducano in limitazioni del principio di massima partecipazione.

In allegato alla presente news, il testo integrale della decisione.

CM/rf