



Autorità Nazionale Anticorruzione

Criteria 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

RELAZIONE AIR

1. Premessa

In applicazione del Regolamento in tema di «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013), il presente documento ha lo scopo di illustrare le ragioni dell'intervento dell'Autorità in ordine alla disciplina del “nuovo” soccorso istruttorio introdotta dall'art. 39 del d.l. decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari) convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, nonché le principali osservazioni formulate dagli operatori del settore nell'ambito della consultazione on-line e di dare evidenza delle ragioni che hanno condotto l'Autorità ad accogliere o meno le istanze formulate dagli operatori stessi.

2. Le ragioni dell'intervento

Il d.l. 90/2014, conv. con mod. in l. 114/2014, ha modificato con l'art. 39, rubricato «Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici», gli articoli 38 e 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice), che riguardano – rispettivamente – i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari nonché la tassatività delle cause di esclusione.

Per effetto di tale novella legislativa, è stato inserito nell'art. 38 del Codice, il nuovo comma 2-*bis*, ai sensi del quale «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. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte».

Nell'art. 46 del Codice è stato, invece, inserito il comma 1-ter a tenore del quale «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».

La formulazione delle disposizioni in esame necessita di chiarimenti – con particolare riferimento all'individuazione delle fattispecie ascrivibili alla «mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive» ed alle «irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili» di cui all'art. 38, comma 2-bis – e di coordinamento normativo, avendo riguardo all'impatto della novella normativa sulle cause tassative di esclusione, così come previste dalla normativa previgente – non modificata dalla nuova norma – e specificate nella determinazione dell'Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012.

Le difficoltà esegetiche connesse alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive nonché all'individuazione delle dichiarazioni non indispensabili, si riflettono, infatti, sia sulla correttezza dei provvedimenti che la stazione appaltante dovrà assumere in gara (in ordine alla possibilità per il concorrente di regolarizzare le stesse nonché di evitare o meno l'applicazione della sanzione pecuniaria prescritta dall'art. 38, comma 2-bis), sia sulla corretta individuazione di tutte quelle cause tassative di esclusione strettamente connesse al contenuto dell'offerta ovvero alla segretezza della stessa, in presenza delle quali, in ossequio al principio di parità di trattamento e di perentorietà del termine di presentazione dell'offerta, non si ritiene possa essere ammessa alcuna integrazione e/o regolarizzazione. Ciò tenendo, conto, peraltro, che la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla *lex specialis* di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda.

Si è reso, pertanto, necessario un intervento dell'Autorità volto a dirimere i dubbi interpretativi delle norme in esame al fine di orientare, in tale ambito, il comportamento degli operatori del settore.

3. La consultazione pubblica

Sulla base di uno schema di determinazione predisposto dall'Autorità in tema di «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», si è svolta una consultazione pubblica on-line, terminata in data 19 novembre 2014, al fine di acquisire sullo stesso le considerazioni degli operatori del settore.

Al termine della predetta consultazione, sono pervenuti n. 36 contributi da parte di amministrazioni aggiudicatrici, associazioni di categoria, società, liberi professionisti.

I principali temi sui quali vertono le osservazioni pervenute all'Autorità sono i seguenti:

1. Incertezza del dettato normativo delle nuove disposizioni in tema di soccorso istruttorio e profili di incompatibilità delle stesse con il d.lgs. 209/2005 (in materia di assicurazioni private), con l'art. 56, par. 3, della direttiva UE/2014/24 e con la l. 689/1991 (modifiche al sistema penale);
2. Problematiche applicative e dubbi interpretativi in ordine alla disciplina sanzionatoria contemplata nell'art. 38, comma 2-bis del Codice;
3. Individuazione delle “irregolarità essenziali” negli elementi e nelle dichiarazioni rese dai concorrenti in sede di gara e correlazione di tale disciplina con quella del “falso”;
4. Impatto del nuovo soccorso istruttorio sulla disciplina delle cause tassative di esclusione.

4. Le osservazioni ricevute

Di seguito si riporta una sintesi di quanto emerso in ordine ai punti sopra elencati e le motivazioni per le quali quanto suggerito è stato o non è stato accolto.

4.1. Incertezza del dettato normativo delle nuove disposizioni in tema di soccorso istruttorio e profili di incompatibilità delle stesse con il d.lgs. 209/2005 (in materia di assicurazioni private), con l'art. 56, par. 3, della direttiva UE/2014/24, con la l. 689/1981 (modifiche al sistema penale)

In ordine alla disciplina derivante dalle disposizioni di cui all'art. 38, comma 2-*bis* e di cui all'art. 46, comma 1-*ter* del Codice, taluni operatori del settore hanno sottolineato la mancanza di chiarezza del dettato normativo, la quale può determinare un'applicazione non omogenea delle norme stesse da parte delle stazioni appaltanti, ponendo gli operatori economici in una condizione di grande incertezza. È stata evidenziata, dunque, l'opportunità di una modifica normativa delle disposizioni sopra indicate, tenuto anche conto che le stesse presentano profili di non conformità con il d.lgs. 209/2005 (in materia di assicurazioni private), con l'art. 56, par. 3, della direttiva UE/2014/24 e con la l. 689/1981 (modifiche al sistema penale).

In particolare, gli operatori del settore sottolineano il contrasto dell'art. 38, comma 2-*bis* con l'art. 12 del d.lgs. 209/2005, il quale vieta la stipula di contratti di assicurazione che abbiano ad oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative. Sottolineano, inoltre, l'incoerenza delle disposizioni dello stesso art. 38, co. 2-*bis* con le previsioni delle nuove direttive europee in materia di appalti pubblici, le quali non prevedono l'applicazione di sanzioni pecuniarie in casi di irregolarità o omissioni nelle dichiarazioni e nei documenti prodotti in gara dai concorrenti. Taluni operatori invocano, inoltre, la disapplicazione della norma per contrasto con il principio di libera concorrenza di cui agli articoli 102 e 103 del Trattato, contemplando una disciplina sanzionatoria che introduce profili di disparità di trattamento delle imprese sulla base della disponibilità economica a pagare la sanzione per sanare situazioni di irregolarità, restringendo di fatto l'accesso alle procedure di gara. Infine, gli stessi operatori evidenziano che l'indeterminatezza e la genericità della disciplina sanzionatoria derivante dalla novella in esame, non appare pienamente conforme ai dettami della l. 689/1981.

Le considerazioni sopra illustrate appaiono condivisibili. Al riguardo, infatti, si evidenzia che l'art. 12 del d.lgs. 209/2005 statuisce espressamente che «sono vietate (...) le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative (...). In caso di violazione del divieto il contratto è nullo (...)». Pertanto, le disposizioni dell'art. 38, comma 2-*bis* del Codice, non appaiono coerenti con la disciplina in tema di assicurazioni private. Allo stesso modo emerge un possibile profilo di non conformità della norma con le previsioni delle nuove direttive in tema di appalti pubblici, in particolare con l'art. 56, par. 3, della direttiva UE/2014/24, il quale consente ai concorrenti la possibilità di integrare informazioni e documenti prodotti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, ma *non* contempla la possibilità per la SA di comminare sanzioni pecuniarie, come quella prevista dalla novella in esame. Sotto altro profilo, la disciplina sanzionatoria ivi stabilita appare non pienamente conforme ai canoni di legittimità richiesti dalla legge n. 689/1981, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative, tra i quali, la tipicità dei casi nei quali le stesse possono essere comminate e la determinazione del *quantum*, fissato per legge.

In relazione agli aspetti sopra evidenziati, si condividono dunque le considerazioni espresse dagli operatori del settore.

Conseguentemente l'Autorità valuterà l'opportunità di adottare in materia anche un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento, per sollecitare una eventuale modifica delle disposizioni in esame.

4.2. Problematiche applicative e dubbi interpretativi in ordine alla disciplina sanzionatoria contemplata nell'art. 38, comma 2-*bis* del Codice

In ordine alla disciplina sanzionatoria contemplata nell'art. 38, comma 2-*bis* del Codice, sono pervenuti numerosi contributi.

Tra questi, è stata suggerita, in primo luogo, un'interpretazione non afflittiva della sanzione *de qua* ma quale *indennizzo* in favore della SA, a ristoro del ritardo causato nello svolgimento della gara, con applicazione *eventuale* della stessa. Altri contributi sottolineano la necessità di chiarire se la sanzione debba essere irrogata *solo* nel caso in cui il concorrente regolarizzi le dichiarazioni/documenti carenti e *non* anche nel caso in cui l'impresa non abbia più interesse a proseguire la gara e se il mancato pagamento della sanzione, pur a seguito di regolarizzazione della documentazione carente, comporti comunque l'esclusione dalla gara.

Altre richieste di chiarimento sul tema, attengono ai seguenti aspetti: se la sanzione possa essere graduata in ragione della gravità riscontrata, con eventuale preventiva indicazione nel bando; se la sanzione sia da intendersi come onnicomprensiva o meno in relazione al numero di violazioni riscontrate a carico del concorrente; in caso di RTI o di avvalimento, se la sanzione trovi applicazione nei confronti di ciascun componente o dell'intera compagine; se in caso di gare in lotti, la SA debba fissare l'importo della sanzione con riferimento a ciascun lotto; se nel caso di accordi quadro e successivi appalti specifici, la sanzione debba essere applicata in entrambe le fasi e se, in caso di procedure ristrette, la stessa debba essere applicata alle irregolarità commesse sia nella fase di prequalifica sia in quella di aggiudicazione; se si possa applicare la sanzione anche in assenza di specifiche previsioni del bando.

In relazione ai numerosi quesiti pervenuti in tema di disciplina sanzionatoria di cui all'art. 38, comma 2-*bis* del Codice, si osserva quanto segue.

In primo luogo, non appare condivisibile un'interpretazione della disciplina in esame che qualifichi la sanzione ivi prevista quale *indennizzo* in favore della SA per ritardi causati nello svolgimento della gara, poiché la finalità della sanzione stessa, è quella di evitare che a fronte della generale sanabilità delle carenze e delle omissioni, gli operatori siano indotti a produrre dichiarazioni da cui non si evinca il reale possesso dei singoli requisiti generali e l'esatta individuazione dei soggetti che devono possederli. La norma specifica che il concorrente che abbia prodotto una dichiarazione carente è obbligato a pagare la sanzione prevista nel bando di gara ai fini della regolarizzazione. Non sussiste, dunque, per la SA la possibilità di effettuare valutazioni in ordine all'applicazione *eventuale* della predetta sanzione.

Si ritiene di ammettere, invece, che la sanzione debba essere comminata *solo* nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio. A tal riguardo, inoltre, sembra opportuno evidenziare che in caso di mancato pagamento della sanzione, pur a seguito di regolarizzazione, la SA debba procedere all'escussione della cauzione per un importo pari a quello della sanzione. Una volta escussa parzialmente la cauzione, la sua mancata integrazione determina, evidentemente, l'esclusione dell'impresa dalla gara. La sanzione è correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera *onnicomprendensiva*.

La graduazione dovrebbe essere prevista *ex lege*. Il tenore della disposizione sembra piuttosto essere nel senso di consentire alle stazioni appaltanti la fissazione della sanzione, nel bando, con importo unico, entro i limiti minimi e massimi come previsti dalla norma, in modo da autovincolare la loro condotta a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti. La norma, infatti, si limita a stabilire che la sanzione è fissata «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».

La sanzione deve essere quindi predeterminata nel bando, la sede idonea in cui può trovare espressione la discrezionalità lasciata dalla norma alla stazione appaltante, tenuta a predeterminare l'importo della sanzione stessa.

Non è espressamente prevista la possibilità di graduare la sanzione in ragione della gravità dell'irregolarità commessa o in relazione alle singole fattispecie escludenti contemplate nel comma 1 dell'art. 38 (tenuto conto, peraltro, che tali fattispecie incidono *tutte* sull'affidabilità morale dell'impresa) in ragione del fatto che, in ogni caso, la sanzione è correlata all'unica categoria dell'essenzialità della mancanza, incompletezza ed irregolarità.

La sanzione è comminata esclusivamente al soggetto le cui dichiarazioni sono carenti e devono essere integrate e/o regolarizzate, anche nel caso di presentazione dell'offerta da parte di RTI (che non costituisce soggetto diverso dai concorrenti) costituendo o costituito. La sanzione, quindi, deve essere comminata anche all'impresa ausiliaria (in ipotesi di avvalimento) nel caso in cui produca una dichiarazione ex art. 38 carente (dichiarazione che deve essere prodotta ai sensi dell'art. 49, co. 2, lett. c)), ciò in ragione della particolare disciplina dell'istituto, secondo cui il concorrente soddisfa i requisiti di partecipazione mediante i requisiti dell'ausiliaria, quest'ultimo è responsabile in solido con il primo, il concorrente è escluso dalla gara per le false dichiarazioni dell'ausiliari (art. 49, co. 3 del Codice).

In caso di appalto in lotti si ritiene che la sanzione debba essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre. Per quanto riguarda il rapporto tra accordi quadro e appalti specifici si evidenzia che la disciplina del soccorso istruttorio, ivi compresa l'irrogazione della sanzione riguarda la singola procedura di gara, pertanto se l'accordo quadro prevede un successivo rilancio competitivo la sanzione va applicata anche alle carenze essenziali relative alle dichiarazioni dell'appalto specifico.

Altri contributi pervenuti in tema di disciplina sanzionatoria, attengono alla garanzia provvisoria da produrre in gara che, come sopra evidenziato, deve garantire il pagamento della sanzione eventualmente comminata in esito al procedimento di cui all'art. 38, co. 2-*bis*. In particolare è stato chiesto di chiarire i seguenti aspetti: se la polizza indicata nella predetta disposizione è ulteriore rispetto alla polizza fideiussoria di gara e se la società di assicurazione possa emettere una semplice dichiarazione con la quale prende atto che, alla luce delle novelle intervenute, la polizza copra anche quanto previsto nel comma 2-*bis*; se l'importo della cauzione provvisoria da produrre in gara, debba essere integrato dell'ammontare corrispondente alla sanzione fissata dal bando, o se al contrario la formulazione della previsione normativa in esame consenta di ritenere che non incida sull'importo della cauzione.

Al riguardo si conferma quanto già evidenziato nel documento di consultazione, in ordine al fatto che il riferimento contenuto nell'art. 38, co. 2-*bis*, alla cauzione provvisoria, deve essere interpretato come rinvio alla disciplina di cui all'art. 75 del Codice e, dunque, la garanzia ivi prevista coincide con la garanzia prestata dal concorrente a corredo dell'offerta, con le modalità e con gli elementi ivi indicati.

La previsione normativa, in ogni caso, non si ritiene che incida sul *quantum* della cauzione; al riguardo, tenuto conto dell'esigenza di non aggravare gli oneri economici connessi alla partecipazione alla procedura di gara, si ritiene che la suddetta funzione di garanzia non determini un aumento dell'importo della cauzione provvisoria. È fatto salvo, tuttavia, l'obbligo di reintegrarla qualora venisse parzialmente escussa per irrogare la sanzione; ciò, beninteso, sul presupposto che lo stesso concorrente opti per tale modalità di corresponsione in luogo del pagamento diretto. Resta fermo che la mancata reintegrazione della cauzione costituisce causa di esclusione del concorrente dalla gara.

Sul punto l'Autorità valuterà l'opportunità di segnalare a Governo e Parlamento le difficoltà applicative connesse al previsto sistema di garanzia della sanzione tramite cauzione oltre ai profili connessi all'aggravio di spesa che la sua applicazione determina per gli operatori economici.

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'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 10 dicembre 2014, n. 34, infatti, fornendo una lettura evolutiva dell'art. 75 del Codice, anche alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio, ha affermato la legittimità (della previsione nei bandi della "sanzione") dell'incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancanze relative ai requisiti generali di cui all'art. 38, con riferimento a tutti i concorrenti e non al solo aggiudicatario.

Sotto altro profilo, la mancata regolarizzazione (che non dipenda da una carenza del requisito), entro il termine fissato dalla stazione appaltante, da parte di uno o più concorrenti, potrebbe costituire indice di fenomeni opportunistici volti ad influenzare gli esiti della gara. Al fine di prevenire tali fenomeni si ritiene opportuno monitorare tali accadimenti, prevedendo che la stazione appaltante comunichi all'Autorità i predetti casi di mancata regolarizzazione, anche ai fini dell'eventuale annotazione degli stessi nel Casellario Informativo delle imprese, quale "notizia utile" ai sensi dell'art. 8, comma 2 lettera dd) del d.p.r. 207/2010.

Taluni operatori del settore non condividono l'avviso espresso, nel documento di consultazione, in ordine all'applicabilità del procedimento di cui all'art. 38, comma 2-bis alle procedure ristrette, con conseguente possibilità per le stazioni appaltanti di attivare un *autonomo* procedimento sanzionatorio nei confronti del candidato che commetta irregolarità nelle dichiarazioni/documenti prodotti; ciò in quanto la norma è riferita esclusivamente al "concorrente" e non al "candidato", pertanto l'eventuale applicazione della sanzione pecuniaria a quest'ultimo potrebbe costituire una violazione delle disposizioni della l. 689/1981.

Tali considerazioni non appaiono condivisibili.

Al riguardo sembra opportuno sottolineare che l'art. 38, comma 2-*bis* del Codice, richiama espressamente il comma 2 della stessa disposizione, il quale a sua volta fa riferimento alle dichiarazioni sostitutive prodotte da *candidato* e dal *concorrente*. Una lettura congiunta delle due disposizioni, conduce dunque a confermare l'applicabilità del procedimento di cui al citato art. 38, comma 2-*bis* – e dunque anche della disciplina sanzionatoria ivi contemplata - alle procedure ristrette. La sanzione infatti è correlata alla omissione o alle irregolarità negli elementi o nelle dichiarazioni resi sui requisiti di partecipazione ed è prevista per *tutte* le procedure di aggiudicazione contemplate nel Codice, non prevedendo la norma esclusioni o limitazioni del suo campo applicativo.

Un ultimo quesito posto dagli operatori del settore, attiene alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di omessa produzione del Passoe.

Con riferimento a tale aspetto, va precisato che il Passoe rappresenta lo strumento necessario per procedere alla verifica dei requisiti di partecipazione da parte delle stazioni appaltanti. Resta fermo l'obbligo per l'operatore economico di presentare le autocertificazioni richieste dalla normativa vigente in ordine al possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura di affidamento. Come precisato nelle faq pubblicate sul sito istituzionale, la mancata inclusione del suddetto documento nella busta contenente la documentazione amministrativa non costituisce causa di esclusione. Si ritiene pertanto, che in caso di omessa indicazione del Passoe, il concorrente possa procedere a regolarizzazione mediante soccorso istruttorio, a condizione che lo stesso venga prodotto in tempo utile per le verifiche da parte della stazione appaltante (ex artt. 48 e 38 del Codice).

Al riguardo, tuttavia, posto che il quesito è stato già trattato nelle faq pubblicate sul sito istituzionale e che il Passoe non attiene a dichiarazioni/elementi le cui carenze determinano

effetti escludenti, si è ritenuto opportuno di non inserire tale argomento nell'atto di determinazione.

4.3 Individuazione delle “irregolarità essenziali” negli elementi e nelle dichiarazioni rese dai concorrenti in sede di gara e correlazione di tale disciplina con quella del “falso”

Molti degli operatori del settore che hanno preso parte alla consultazione on-line hanno chiesto all'Autorità di individuare nel modo più esauriente possibile i casi riconducibili nel novero delle “carenze essenziali” e “non essenziali”, al fine di garantire un'applicazione uniforme della norma da parte delle stazioni appaltanti. Taluni di essi, inoltre, non condividono l'avviso espresso in ordine all'*esigibilità* di dichiarazioni o elementi da parte della stazione appaltante ai fini della verifica dell'autodichiarazione resa dal concorrente per l'ammissione alla gara. Altri hanno sottolineato come i principi espressi dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2014, in tema di dichiarazioni ex art. 38 del Codice, hanno riflessi diretti sull'individuazione delle dichiarazioni irregolari che necessitano di soccorso istruttorio, pertanto chiedono di confermare che laddove una dichiarazione contenga l'esplicita e specifica attestazione che non sussistono a carico dei legali rappresentanti dell'impresa e degli ulteriori soggetti indicati nell'art. 38, le situazioni ostantive ivi contemplate, la stessa sia idonea e non necessiti di integrazioni o regolarizzazioni.

Altri interventi, sempre con riferimento all'individuazione delle fattispecie ascrivibili alle diverse categorie di “irregolarità” contemplate nell'art. 38, comma 2-bis del Codice, suggeriscono di distinguere tra irregolarità *essenziali correlate all'applicazione del soccorso istruttorio e della sanzione* (es. la mancata produzione del documento di identità, l'omessa sottoscrizione delle dichiarazioni ex art. 46-47 d.p.r. 445/2000, la mancata attestazione del versamento del contributo di gara, la mancata indicazione del domicilio, dei costi di sicurezza e dei costi del lavoro, la mancata indicazione dei soggetti di cui all'art. 38, co.1, lett-b) e c)) ed *irregolarità sanabili con ricorso istruttorio ma senza sanzione* (come la mancanza di impegni vari – es. assenza di pratiche restrittive - indicazione della sede dell'amministrazione competente ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dal concorrente, la mancata indicazione del fax e dell'indirizzo di posta elettronica, ove richiesto dal bando).

A tal riguardo si sottolinea che la precisazione secondo cui le carenze *essenziali* riguardano l'impossibilità di stabilire se il singolo requisito dell'art. 38 è posseduto ovvero i soggetti che in base al medesimo articolo devono possederli, appare un'indicazione sufficientemente dettagliata, idonea a circoscrivere le carenze essenziali, almeno per quanto riguarda i requisiti di carattere generale, ai casi in cui:

- a) Non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice;
- b) La dichiarazione sussiste ma non da parte del soggetto o con riferimento al soggetto che la norma individua come titolare del requisito;
- c) La dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito è posseduto.

Ciò secondo le modalità specificamente prescritte dagli atti di gara. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2014, n. 16, infatti, deve essere sostanzialmente riferita alla possibilità che legittimamente la stazione appaltante esiga la dichiarazione sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del Codice, in forma sintetica e da parte del solo rappresentante legale dell'impresa (fermo restando l'obbligo delle dichiarazioni di cui al comma 2 dell'art. 38 del Codice). Qualora, tuttavia, la stazione appaltante richieda, nella *lex specialis* di gara, le singole dichiarazioni di cui all'art. 38, e da parte di tutti i soggetti ivi indicati, le stesse devono essere rese come richiesto negli atti di gara e in caso di carenze attinenti agli elementi essenziali le

stesse devono essere regolarizzate a richiesta della s.a. e dietro pagamento della sanzione stabilita nel bando.

Per quanto attiene ai requisiti speciali sono stati elencati i casi di dichiarazioni, relativamente alle diverse ipotesi che sotto la previgente disciplina comportavano l'esclusione del concorrente e che, invece, oggi, comportano l'obbligo di pagare la sanzione in quanto carenze essenziali alle quali non può essere legata l'automatica esclusione.

L'esigibilità degli elementi "indispensabili" ai fini di una celere verifica da parte della s.a. è stata enucleata dalla stessa norma che si limita a citare la carenza di elementi non essenziali e non indispensabili, dando per presupposto che ne esistano di "indispensabili", cui, peraltro, non può essere riferita alcuna sanzione. La categoria trova, peraltro, fondamento anche nella disposizione dell'art. 43 del d.p.r. 445/2000. Secondo quest'ultima norma, infatti, le stazioni appaltanti effettuano la verifica del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 38 e dichiarati dagli operatori economici in autocertificazione, acquisendo «d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli *elementi indispensabili* per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti».

Altro aspetto che attiene al tema delle dichiarazioni da rendere in gara, è il combinato disposto del comma 2-bis dell'art. 38 con il d.p.r. 445/2000, in tema di false dichiarazioni. A tal riguardo gli operatori del settore, in ordine all'omessa indicazione delle sentenze di condanna, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), chiedono se ciò costituisca o meno irregolarità essenziale sanabile.

Con riferimento a tale questione, nel documento di consultazione è stato ribadito che ciascun operatore economico partecipante ha l'onere di dichiarare *tutte* le situazioni e/o circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale espressamente previsti dalla norma. Ove tali dichiarazioni siano irregolari, o vi sia omissione o l'incompletezza delle stesse, è possibile ricorrere al procedimento di cui all'art. 38, comma 2-bis, del Codice. Un caso particolare è costituito dall'omessa indicazione delle sentenze di condanna di cui al comma 1, lett. c) dell'art. 38 del Codice, che devono essere dichiarate espressamente, secondo quanto prescrive il comma 2 del medesimo articolo. Orbene, riguardo a questo specifico caso, giova evidenziare che la nuova disciplina del soccorso istruttorio mira ad evitare l'esclusione dalla gara per fatti e circostanze di carattere formale che attengono alle dichiarazioni rese.

L'omessa indicazione delle sentenze di condanna riportate dai soggetti di cui alla citata lett. c), tuttavia, se avviene secondo modalità che integrino gli estremi di una dichiarazione negativa del concorrente (si pensi al caso in cui per evitare di indicarle analiticamente si dichiara di non averne riportate), laddove invece, le stesse sussistano, la fattispecie integra gli estremi del falso in gara con tutte le implicazioni in termini di *non* sanabilità della dichiarazione resa (perché la stessa non sarebbe semplicemente mancante ovvero carente ma non corrispondente al vero) e conseguente esclusione del concorrente dalla gara, nonché segnalazione del caso all'Autorità.

Diversamente, se la dichiarazione relativa alla presenza delle sentenze di condanna è completamente omessa, ovvero se si dichiara di averne riportate senza indicarle, può essere richiesto rispettivamente di produrla o di indicare le singole sentenze riportate.

La novella in esame non incide sulla disciplina delle false dichiarazioni in gara, che resta confermata. Pertanto, ai sensi dell'art. 38, co. 1-ter del Codice, ove la stazione appaltante accerti che il concorrente abbia presentato una falsa dichiarazione o una falsa documentazione, si dà luogo al procedimento definito nel citato co. 1-ter dell'art. 38 ed alla comunicazione del fatto all'Autorità per l'applicazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie fissate nella disciplina di settore (art. 38, co. 1-ter e art. 6, co.11 del Codice).

Sempre in tema di dichiarazioni da rendere in gara, taluni operatori del settore chiedono all'Autorità di chiarire se e come la disciplina di cui all'art. 38, comma 2-bis possa trovare applicazione alle procedure di cottimo fiduciario di cui all'art. 125 del Codice espletate in modalità telematica, nonché alle procedure telematiche gestite mediante il MEPA.

Con riferimento a tali quesiti, non contenendo le novelle in esame alcuna disposizione specifica in ordine alle procedure di aggiudicazione espletate con modalità telematiche, non sembra opportuno intervenire sull'argomento attraverso la determinazione. Sembra opportuno, invece, trattare la problematica in un eventuale atto di segnalazione al Governo e al Parlamento, al fine di chiarire tale aspetto nelle opportune sedi normative.

4.4. Impatto del nuovo soccorso istruttorio sulla disciplina delle causa tassative di esclusione.

- Carenze ed irregolarità non sanabili

In relazione all'impatto del nuovo soccorso istruttorio sulla disciplina delle cause tassative di esclusione, mentre taluni operatori del settore concordano con l'interpretazione fornita dall'Autorità nella determinazione e, dunque, con la necessità che l'applicazione del predetto istituto *non* riguardi anche il contenuto dell'offerta, altri sottolineano invece come i commi 1 e 1-*bis* dell'art. 46 del Codice non sono stati modificati e, dunque, un'applicazione estensiva del nuovo soccorso istruttorio, sembra porsi in contrasto con quanto previsto in tali disposizioni e nella determinazione Avcp n. 4/2012.

Al riguardo si ritiene non condivisibile tale ultima affermazione, atteso che come può evincersi dal testo dello schema di determinazione sottoposto a consultazione, le considerazioni ivi espresse sono state articolate tenendo conto del fatto che la novella in esame non ha modificato né il comma 1, né il comma 1-*bis* dell'art. 46 e secondo un'interpretazione logico-sistematica di tali disposizioni con il nuovo comma 1-*ter*.

Tale percorso interpretativo ha, dunque, condotto l'Autorità ad affermare che le novelle in esame consentono ora, in sede di gara, di procedere alla sanatoria di *ogni* omissione o incompletezza documentale, superando il limite della *sola* integrazione e regolarizzazione di quanto *già* dichiarato e prodotto in gara, ad eccezione delle eventuali carenze/irregolarità *dell'offerta*.

Si ritiene, quindi, di confermare l'assunto interpretativo a tenore del quale le irregolarità *essenziali*, ai fini di quanto previsto dall'art. 38, comma 2-*bis*, coincidono con le irregolarità che attengono a dichiarazioni ed elementi inerenti le cause tassative di esclusione (come individuate nella determinazione n. 4/2012), previste nel bando, nella legge o nel disciplinare di gara, in ordine alle quali non è più consentito procedere ad esclusione del concorrente prima della richiesta di regolarizzazione da parte della stazione appaltante, 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 di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine inderogabile per la partecipazione alla gara.

Taluni interventi attengono alle irregolarità non sanabili, ritenendo non condivisibile l'assunto dell'Autorità a tenore del quale la mancata sottoscrizione dell'offerta costituisce una carenza non sanabile mediante ricorso istruttorio. Altri contributi si soffermano, invece, sulla mancata o irregolare presentazione della cauzione provvisoria, chiedendo se la stessa costituisca causa di esclusione o meno; al riguardo chiedono, altresì, se sia possibile sanare l'irregolarità della stessa cauzione derivante dall'intestazione alla sola mandataria e non a tutti i componenti del raggruppamento costituendo. In un caso si sottopone all'attenzione dell'Autorità la mancata presentazione in gara della dichiarazione di accettazione delle clausole del protocollo di legalità, richiesta nel bando a pena di esclusione.

In ordine a tali interventi si evidenzia quanto segue.

In relazione alla prima problematica si osserva che la sottoscrizione della domanda e dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza, prevista dagli artt. 73 e 74 del Codice, costituisce un elemento essenziale di entrambe. La sottoscrizione dell'offerta ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa; la sottoscrizione della domanda di partecipazione è un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara. In entrambe le ipotesi, la sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile.

Infatti, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente, dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche) degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando.

In merito ai quesiti relativi alla cauzione provvisoria, si evidenzia che la stessa assolve allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. La cauzione cui fa riferimento la norma è quella prevista e disciplinata dall'art. 75 del Codice. Tenuto conto che il comma 1-*ter* dell'art. 46 cit. consente ora la sanatoria anche di *elementi* che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che ai fini del pagamento della sanzione la cauzione costituisce solo una garanzia, la relativa disciplina trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data, diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti.

Con riferimento ai protocolli di legalità, nella determinazione n. 4/2012, è stato ritenuto legittimo prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara, tra le quali l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità. Ciò in quanto tali strumenti sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico.

Appare evidente che gli strumenti in parola non attengono ad elementi dell'offerta e, pertanto, in linea generale, eventuali carenze in ordine alla dichiarazione di accettazione delle clausole del protocollo di legalità, devono ora ritenersi sanabili.

- **Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara**

I contributi pervenuti sul tema, concordano con l'individuazione, fatta nello schema di determinazione, di irregolarità concernenti la presentazione della documentazione di gara, che *non* costituiscono cause di esclusione (quali riferimenti non corretti o mancanti, su una o più delle buste interne, alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato; la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara). In un caso, tuttavia, è stato sottolineato che la mancata indicazione del domicilio non richiede l'attivazione

del procedimento di soccorso istruttorio, trattandosi di informazione facilmente desumibile dalla visura camerale del concorrente, o dalla carta intestata o tramite visura collegata alla partita iva dello stesso. Si tratterebbe, dunque, di una irregolarità non essenziale.

Con riferimento a tale argomento, nello schema di determinazione è stato osservato che ai sensi dell'art. 79, comma 5-*quinquies* del Codice la *lex specialis* deve prevedere l'*obbligo* del candidato o del concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, *il domicilio eletto per le comunicazioni*. Tale elemento è utile per identificare il concorrente e, quindi, per accertare la provenienza dell'offerta; si tratta, dunque, di un elemento che quand'anche essenziale, se omesso o non corretto può essere reso, integrato o regolarizzato.

Stante il tenore dell'art. 79, co. 5-*quinquies*, si ritiene di confermare l'essenzialità dello stesso ai fini dell'attivazione del procedimento di soccorso istruttorio.

- **Altre irregolarità concernenti elementi e dichiarazioni che devono essere prodotte in base alla legge, al bando o al disciplinare**

Alcuni operatori del settore chiedono di specificare se sia sanabile o meno l'irregolarità della dichiarazione del concorrente in ordine alla corrispondenza tra qualificazione posseduta dalle imprese in RTI e quote di esecuzione. Altri sottolineano che l'obbligo di cui al soppresso comma 13, dell'art. 37 del Codice, è previsto espressamente per i lavori nell'art. 92, comma 2, del Regolamento.

In ordine al principio di corrispondenza tra le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento e le quote di esecuzione, tenuto conto delle osservazioni degli operatori del settore, sembra opportuno specificare – nello schema di determinazione – che il d.l. 28 marzo 2014, n. 47, conv. con mod. dalla l. 23 maggio 2014, n. 80, pur avendo abrogato il comma 13 dell'art. 37 del Codice, ha tuttavia modificato l'art. 92 del regolamento, prevedendo per gli appalti di lavori che «(...) Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate».

Allo stato attuale, pertanto, tenuto conto sia delle modifiche introdotte al comma 13 del citato articolo 37, ad opera del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 – che aveva limitato ai soli lavori la corrispondenza tra la quota di partecipazione al RTI e la quota di esecuzione – ma soprattutto dell'intervenuta abrogazione dell'intero comma, ad opera del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 2014, n. 80, l'obbligo dichiarativo in ordine alle quote di partecipazione al RTI non sussiste più per i servizi e le forniture ma permane esclusivamente per i lavori, in forza del novellato art. 92 del d.p.r. 207/2010 (come modificato dall'art. 12, comma 9, della legge da ultimo citata).

L'omissione di tale tipo di dichiarazione o eventuali carenze e/o incompletezza della stessa si ritiene che possano essere sanate dietro pagamento della prevista sanzione. Resta, naturalmente, confermato il principio di corrispondenza tra la qualificazione posseduta e le quote di esecuzione, che dovranno, comunque, essere indicate e se omesse potranno essere sanate alla stessa stregua delle quote di partecipazione al RTI.

In tema di subappalto, in alcuni contributi si evidenzia la necessità di chiarire che, a carico del concorrente, sussiste l'obbligo di indicare le lavorazioni o le parti di opere da subappaltare e

non la “quota”, così come indicato dall’art. 118, comma 2 del Codice. Altri ritengono non condivisibile l’assunto dell’Autorità, a tenore del quale *non* sussiste l’obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta nel c.d. subappalto necessario. Ciò in quanto l’orientamento giurisprudenziale prevalente affermerebbe il contrario.

Con riferimento al subappalto si evidenzia che nella determinazione (in conformità alle previsioni del bando-tipo lavori del 2 settembre 2014), è espressamente previsto che il concorrente deve indicare, all’atto dell’offerta, i *lavori o le parti di opere* che intende subappaltare o concedere in cottimo, in conformità alle disposizioni dell’art. 118 del Codice. Quanto richiesto dagli operatori del settore, trova dunque riscontro nel predetto documento.

In relazione al subappalto necessario, si evidenzia che quanto osservato sul tema dall’Autorità è conforme alla determinazione n. 4/2012, nella quale è stato evidenziato che la disciplina di riferimento *non* comporta l’obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta, ma solamente l’obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione “mancante” deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell’impresa. Ciò è stato anche confermato nel recente bando tipo lavori del 2 settembre 2014, il quale non prevede per il subappalto necessario l’obbligo di indicare il subappaltatore ma solo le lavorazioni da subappaltare.

Altri contributi riguardano l’istituto dell’avvalimento e sottolineano che, contrariamente a quanto indicato dall’Autorità, oltre alla dichiarazione di avvalimento, è necessario produrre in gara - quale elemento la cui carenza non è sanabile - anche il contratto di avvalimento che, secondo giurisprudenza (CdS n. 743/2009) e precedenti dell’Avcp (parere prec. n. 34/2009), deve essere necessariamente esibito quale atto giuridico costitutivo del rapporto di avvalimento, comprovante l’effettiva disponibilità di risorse da parte del concorrente. Dunque la dichiarazione di avvalimento deve essere corredata dal contratto.

In ordine a tali contributi, si osserva che in tema di avvalimento l’integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volontà di ricorso all’avvalimento (art. 49, comma 2, lett. a) del Codice). La dichiarazione di avvalimento costituisce, infatti, elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell’offerta. Anche il contratto di avvalimento è evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando. Tuttavia, in ordine allo stesso si ritiene che possa operare l’istituto del nuovo soccorso istruttorio limitatamente all’ipotesi di mancata allegazione del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell’offerta. La nuova disciplina del soccorso istruttorio spiega, invece, pienamente la sua forza espansiva sugli altri adempimenti prescritti in ordine all’avvalimento.

Infine, in relazione alle irregolarità che attengono alla dimostrazione dell’avvenuto versamento del contributo di gara - ritenute sanabili nel documento di consultazione - taluni operatori del settore sottolineano che in tal caso dovrebbe trovare applicazione la sanzione pecuniaria, al pari delle altre ipotesi di omissione.

A tal riguardo, si concorda con l’applicazione della sanzione pecuniaria in caso di irregolarità che attengono alla dimostrazione dell’avvenuto versamento del contributo di gara.

Infatti, come statuito dal comma 1-*ter* dell’art. 46 del Codice, le disposizioni di cui all’art. 38, comma 2-*bis*, si applicano ad *ogni* ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità di elementi e dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare i gara.

5. Considerazioni finali

Alla luce di tutto quanto sopra, l'Autorità ritiene di aver acquisito elementi sufficienti per l'adozione dell'atto finale.

Considerata, inoltre, la rilevanza dell'atto adottato, nonché le difficoltà esegetiche sottese all'applicazione delle nuove disposizioni del comma *2-bis* dell'art. 38 e del comma *1-ter* dell'art. 46 del Codice, sembra opportuno che l'atto di determinazione, successivamente alla sua adozione e decorso un congruo lasso di tempo (quale potrebbe essere un semestre), venga sottoposto a VIR, secondo le indicazioni contenute nel citato Regolamento dell'Autorità recante la "Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)" (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013).