



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 320 **del 29 marzo 2017**

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla RO.NI.DI. S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di recupero, ripristino e adeguamento del LS “Pascal” sedi succursali di Pompei e Sant’Antonio Abate - Importo a base di gara euro: 400.000,00 - S.A.: Città Metropolitana di Napoli

PREC 67/17/BIS/L

Soccorso istruttorio – sanzione pecuniaria

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

Articolo 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163/2006

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 186868 del 16 dicembre 2016, presentata dalla RO.NI.DI. S.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe;

VISTE, in particolare, le doglianze sollevate dall’istante in ordine alla presunta illegittimità del provvedimento della stazione appaltante di applicazione della sanzione pecuniaria per il soccorso istruttorio nei propri confronti;

VISTA, nello specifico, la documentazione prodotta e, in particolare, gli atti di gara dai quali si evince che, nella seduta del 22 settembre 2016, la commissione di gara disponeva per la società istante l’attivazione del soccorso istruttorio in quanto “*nell’istanza di partecipazione le dichiarazioni di cui al par. 4.1 del disciplinare non risultano sottoscritte con firma digitale ai sensi dell’articolo 20 del CAD, come richiesto – a pena di esclusione – dal disciplinare di gara, ma con certificato di autenticazione*” e, conseguentemente, invitava l’operatore economico a far pervenire le dichiarazioni correttamente firmate digitalmente, irrogando la sanzione pecuniaria ai sensi dell’articolo 38, comma 2 bis del d.lgs. n. 163/2006. Dagli stessi atti si evince altresì che, nella successiva seduta del 7 ottobre 2016, la commissione disponeva l’esclusione dell’impresa, in quanto nel termine fissato l’operatore aderiva al soccorso istruttorio, producendo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nuovamente una documentazione irregolare, utilizzando il certificato digitale di autenticazione e non di sottoscrizione;

VISTA, altresì, la documentazione prodotta in atti dalla quale risulta che poiché l'impresa non aveva proceduto al pagamento della sanzione irrogata, la stazione appaltante ha provveduto all'escussione della cauzione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3 marzo 2017;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che questa Autorità ha avuto modo di esprimere la propria posizione in merito alla questione della sanzione pecuniaria del soccorso istruttorio nella determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, recante «*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*», nella quale è stata precisata l'inapplicabilità della sanzione al concorrente che rinuncia o non aderisce al soccorso istruttorio, ovvero che non ottempera alla richiesta di regolarizzazione, per rifiuto o scadenza del termine senza provvedere;

CONSIDERATO che dello stesso avviso è anche la giurisprudenza amministrativa più recente, alla stregua della quale la sanzione prevista dall'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006, dovuta alla stazione appaltante per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale, deve essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, tale corrispettivo non è dovuto, in quanto l'Amministrazione non è tenuta ad aprire una ulteriore fase di verifica della regolarità della documentazione e la procedura selettiva può proseguire speditamente (cfr. *Tar Lazio, Sez. III, 12 settembre 2016, n. 9656*);

CONSIDERATO, altresì, che depone in tal senso anche l'impianto normativo del nuovo codice che all'articolo 83, comma 9, dispone che «*da 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 dorata esclusivamente in caso di regolarizzazioni*»;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, dalla ricostruzione degli atti di gara risulta che la società istante, invitata a regolarizzare la documentazione prodotta, produceva una documentazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dichiarativa che tuttavia, non rispondendo all'esigenza di soccorso istruttorio della stazione appaltante, ne determinava l'esclusione;

RITENUTO che, dunque, l'odierno istante, nel porre in essere tale attività, ovvero nel produrre la documentazione alla stazione appaltante, non solo ha di fatto esercitato il beneficio del soccorso istruttorio riconosciutogli, ma ha anche operato in maniera inequivocabile la scelta di voler proseguire la propria partecipazione alla gara, con conseguente necessaria applicazione della sanzione pecuniaria;

RITENUTO, pertanto, legittimo l'operato della stazione appaltante e conseguentemente non accoglibili le contestazioni sollevate dall'istante;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, corretta l'applicazione della sanzione pecuniaria per il soccorso istruttorio nei confronti della società istante, avendo la stessa prodotto una documentazione integrativa, sebbene non rispondente alle esigenze della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2017
Il segretario Maria Esposito