



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 838 DEL 27 luglio 2017

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Minerva – società cooperativa sociale ed integrata – O.N.L.U.S. – Gara europea a procedura aperta, ai sensi dell'articolo 59 e 60 del d.lgs. n. 50/2016 volta alla conclusione di un accordo quadro con più soggetti economici, per il periodo 01/03/2017-31/12/2017, per assicurare i servizi di accoglienza ed i servizi connessi ai cittadini stranieri richiedenti asilo, ivi compresi quelli già presenti nelle strutture temporanee della provincia di Latina che devono essere riallocati - CIG 6924317F23 - Importo a base di gara: € 28.917.000,00 – S.A. Prefettura – Ufficio Territoriale del Governo di Latina

PREC 239/17/S

Mancata allegazione ricevuta di pagamento del contributo all'Autorità – soccorso istruttorio – applicabilità

La mancata allegazione alla domanda di partecipazione della ricevuta di pagamento del contributo all'Autorità non può essere sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione entro il termine decadenziale di partecipazione alla gara. Essa può essere oggetto di soccorso istruttorio dietro pagamento della relativa sanzione.

Soccorso istruttorio – sanzione – determinazione

Le stazioni appaltanti sono tenute a fissare negli atti di gara l'importo della sanzione, entro i limiti normativamente previsti, in modo da autovincolare la loro condotta a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti. Con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre.

Articolo 83, comma 9

Articolo 1, commi 65 e 67 della l. n. 266/2005

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 34774 del 7 marzo 2017, presentata dalla Minerva – società cooperativa sociale ed integrata – O.N.L.U.S. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale, preliminarmente, veniva contestata la legittimità dell'applicazione della sanzione pecuniaria per il soccorso istruttorio per mancata allegazione all'offerta del versamento del contributo in favore dell'Autorità, sostenendo che tale adempimento avrebbe dovuto essere ammesso al soccorso istruttorio gratuito di cui all'articolo 83, comma 9, recentemente novellato dal correttivo e, subordinatamente,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

veniva ritenuto illegittimo l'ammontare dell'importo della sanzione, che non avrebbe dovuto essere commisurato all'importo totale dell'appalto ma al singolo lotto;

VISTA la documentazione in atti da cui si evince che il concorrente ha effettuato il pagamento entro il termine di scadenza delle offerte, ma non ha allegato la relativa ricevuta a causa di un blocco del sistema in quella mattinata;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26 giugno 2017;

RILEVATO che non sono state presentate memorie difensive da parte della stazione appaltante;

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, per quanto concerne la legittimità della sanzione pecuniaria per il soccorso istruttorio, trova, nel caso di specie, applicazione l'articolo 83, comma 9, nella versione previgente alla modifica introdotta dal d.lgs. n. 56/2017, in applicazione del principio *tempus regit actum*, visto che la gara è stata bandita il 22 dicembre 2016;

CONSIDERATO che l'articolo 83, comma 9, stabilisce che: *«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»*;

CONSIDERATO, inoltre, che in materia di soccorso istruttorio e di applicazione della sanzione pecuniaria, questa Autorità ha già avuto modo di precisare, nella determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, che costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'articolo 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266; sancendo altresì che, di contro, un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, oppure nell'aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione la ricevuta di pagamento, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione entro il termine decadenziale di partecipazione alla gara. Ed è stato anche



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

chiarito nel medesimo atto che la mancata allegazione del versamento disposto prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta può essere oggetto di soccorso istruttorio dietro pagamento della relativa sanzione;

CONSIDERATO che, per quanto concerne l'ammontare della sanzione, il contenuto dispositivo dell'articolo 83, comma 9, si riferisce 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*» e che, sul punto, l'Autorità nello stesso atto di determinazione ha precisato che le stazioni appaltanti sono tenute a fissare negli atti di gara l'importo della sanzione, entro i limiti normativamente previsti, in modo da autovincolare la loro condotta a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti e che, con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre;

RILEVATO che nel bando di gara non è stato fissato alcun importo per la sanzione, ma si è, di fatto, riprodotto il contenuto di cui al menzionato articolo 83, comma 9;

RITENUTO che la mancata indicazione dell'importo della sanzione, entro i limiti fissati dalla legge e commisurato all'importo dell'appalto, costituisce un *vulnus* all'imparzialità e alla parità di trattamento che la stazione appaltante deve garantire ai concorrenti e al principio di legalità dei procedimenti sanzionatori;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara, nella parte in cui non indica l'importo della sanzione per l'esercizio del soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9, nella versione vigente al momento della pubblicazione del bando, costituisca un *vulnus* ai principi di imparzialità e parità di trattamento dei concorrenti e al principio di legalità dei procedimenti sanzionatori.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2017

Il segretario Maria Esposito