



GIUNTA REGIONALE

Dipartimento Opere Pubbliche, Governo del Territorio e Politiche Ambientali

Servizio Tecnico Regionale dei LL.PP./*attività amministrative*

Ufficio Normativa, pareri e CE.RE.MO.CO.

Via Salaria Antica Est n.27/F

67100 L'Aquila

L'Aquila li 12/03/2015

**Ai Direttori dei Dipartimento
SEDE**

**Ai Dirigenti del Dipartimento
Opere Pubbliche, Governo del
Territorio e Politiche
Ambientali
SEDE**

**Ai componenti del
CE.RE.MO.CO.
SEDE**

Prot. n. RA/ 05132

Oggetto: Determina ANAC dell'08 gennaio 2015 "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art.38 comma 2 bis e dell'art.46 comma 1 ter del D.Lgs.163/06, in materia di codice degli appalti. Informativa.

Nel decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 12 agosto 2014, n. 114, ha fatto la sua comparsa l'articolo 39 «*Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*».

Tale norma è intervenuta sul già controverso istituto del soccorso istruttorio, introducendo nell'articolo 38 (Requisiti di ordine generale) del Codice dei contratti il seguente comma 2-bis:

«2-bis. *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.»

Il nuovo impianto normativo è esteso ai requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi e all'intero coacervo documentale delle gare d'appalto dal nuovo comma 1-ter dell'articolo 46 (Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione): *«1-ter. 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.»*

Nel 2011 era stato introdotto il comma 1 bis all'art.46 *«1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.»*

L'esclusione dunque era prescritta solo in caso di adempimento di norme, di incertezza assoluta sull'offerta e di violazione della sua segretezza.

Si è tentato di inquadrare le singole fattispecie nella casistica con varie problematiche, finché è intervenuto l'articolo 39 succitato, stabilendo il pagamento della sanzione per la riammissione in gara, in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale.

La Determina dell'Anac dell' 8 gennaio 2015 ha tentato di chiarire questi concetti anche in relazione al precedente concetto di tassatività delle cause di esclusione.

Nuovo soccorso istruttorio art.38 comma 2 bis.

---Innanzitutto l'Autorità chiarisce che la disciplina del soccorso istruttorio non può essere utilizzata per il recupero di requisiti generali ex art.38 non posseduti al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione. I requisiti devono essere posseduti dall'operatore economico al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta o della domanda e devono perdurare fino alla stipula del contratto.

Il concorrente può produrre in gara le dichiarazioni sostitutive (art.77 bis del DPR 445/00).

Alla luce del nuovo comma 2 bis dell'art.38 si chiarisce **che 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. La stazione appaltante assegna un termine di dieci giorni per la regolarizzazione.**

Quindi è regolarizzabile anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni, purché i requisiti siano effettivamente posseduti al momento della scadenza della presentazione dell'offerta o domanda.

---In ordine all'essenzialità delle irregolarità o incompletezze dei predetti elementi o dichiarazioni sostitutive, l'Autorità chiarisce cosa deve intendersi, per facilitare il lavoro discrezionale delle stazioni appaltanti.

Per irregolarità sostanziale deve intendersi ogni irregolarità o incompletezza che non consenta alla stazione appaltante di individuare il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa al fine di individuare i requisiti di ordine generale.

Essenziale è tutto ciò che incide sull'individuazione del requisito in capo all'operatore, nonché sull'individuazione del soggetto che ha prodotto la dichiarazione (Es. mancanza del documento di identità o mancanza della sottoscrizione).

Anche in questo caso è ammessa la regolarizzazione.

In sintesi sono regolarizzabili i casi in cui:

- non sussiste dichiarazione in merito al primo comma dell'art.38;
- la dichiarazione sussiste ma non da parte del titolare del requisito;
- la dichiarazione sussiste ma non si evince il possesso del requisito.

In ordine alla indicazione delle sentenze di condanna, se la dichiarazione manca o è positiva può essere integrata, se è negativa ed invece risultano condanne, è ipotesi di falso in gara.

---Tutte le altre irregolarità non indispensabili sono non essenziali e quindi non necessitano neanche di regolarizzazione.

--- Nel caso di dichiarazioni o elementi esigibili dalla stazione appaltante in ossequio al principio di buon andamento della p.a., si ritiene non necessaria alcuna regolarizzazione (Es. posizione Inail, Inps, Cassa edile, decreto di ammissione al concordato).

--- In ordine alla sanzione, l'importo deve essere indicato nel bando ed è onnicomprensivo.

Deve essere pagata anche in caso di RTI e dall'impresa ausiliaria.

La sanzione è dovuta solo se il concorrente intende avvalersi del soccorso istruttorio.

Nel caso di mancata regolarizzazione, la stazione appaltante procederà all'esclusione e ad incamerare la quota della cauzione, che dovrà essere reintegrata a pena di esclusione.

Il soccorso istruttorio è ammesso, secondo l'Autorità, anche nelle procedure ristrette.

Nuovo soccorso istruttorio art.46 comma 1 ter.

Precedentemente il soccorso istruttorio dell'art.46 comma 1 era limitato ai casi di documentazione carente di alcuni elementi, per cui la stazione appaltante chiedeva l'integrazione o i chiarimenti.

Il comma 1 bis introdotto nel 2011 aveva previsto le cause tassative di esclusione in caso di inadempimento di norme, di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta e di violazione della sua segretezza.

Le altre cause di esclusione erano nulle.

Sulle cause tassative era intervenuta la determina dell'Autorità n.4/2012 nonché la giurisprudenza amministrativa, e, per il principio della par condicio, si riteneva che il soccorso istruttorio non potesse operare nei casi di omissioni documentali o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara.

Con il comma 1 ter si ha inversione di tendenza: **è sanabile ogni carenza documentale, omissione o irregolarità, col solo limite dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza della sua provenienza e della sua segretezza, e dell'inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine di partecipazione alla gara.**

Poiché il comma 1 ter afferma che "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", si hanno importanti novità sulla disciplina delle cause tassative di esclusione di cui al comma 1 bis.

Possono essere regolarizzati, secondo l'Autorità, gli elementi e le dichiarazioni, anche dei terzi, prescritti dalla legge, dal bando o dal disciplinare, la cui assenza o irregolarità prima avrebbero comportato l'esclusione.

Partendo da ciò e fermo restando che l'assenza del requisito e la violazione di disposizioni che attengono a status e condizioni in cui devono trovarsi i concorrenti alla scadenza del termine, comportano l'esclusione, l'Autorità chiarisce quali sono gli elementi la cui mancanza, incompletezza o irregolarità non può essere sanata, in quanto le relative dichiarazioni e gli adempimenti prescritti incidono sul contenuto dell'offerta o sulla sua segretezza.

--In riferimento agli elementi che incidono sulla " Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali" di cui all'art.46 comma 1 bis, si ritiene che la sottoscrizione della domanda o dell'offerta sia elemento essenziale



ma, non impattando sul contenuto né sulla segretezza, sia sanabile, così come sanabile è ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità di elementi richiesti in base alla legge, al bando o al disciplinare.

--In riferimento alla cauzione provvisoria, anch'essa elemento essenziale dell'offerta, ogni mancanza, incompletezza o irregolarità della stessa, si ritiene sanabile.

--In riferimento alla mancata effettuazione del sopralluogo, è causa di esclusione non sanabile, mentre sanabili sono la mancata o irregolare allegazione del verbale.

--In riferimento alla segretezza dell'offerta, non sono sanabili la non integrità del plico od altre irregolarità della sua chiusura, la mancata indicazione sul plico esterno della gara cui l'offerta è rivolta, o un'indicazione totalmente errata, la mancata sigillatura del plico, la mancata apposizione sulle buste interne della dicitura per individuarne il contenuto (ma non se la busta con l'offerta economica sia distinguibile dalle altre o si possa invitare il concorrente a contrassegnarle senza necessità di aprirle), la mancata separazione della busta economica e di quella tecnica.

Resta salva la facoltà per la stazione appaltante di rilevare altre circostanze che inducano a ritenere violata la segretezza dell'offerta.

Possono essere sanate invece le altre irregolarità tra cui la mancata o errata indicazione della gara sui plichi interni o sui documenti, la mancata indicazione del giorno e dell'ora fissati per la gara, il domicilio.

--In tema di avvalimento la regolarizzazione non può riguardare la dichiarazione della volontà di ricorrere all'avvalimento. La mancanza del contratto può essere invece sanata.

--La mancata indicazione delle quote partecipative ad un raggruppamento, obbligatoria per i lavori, può essere sanata.

--Nel subappalto la legge prevede l'indicazione nell'offerta dei lavori o servizi e forniture che intende subappaltare per la successiva autorizzazione. Pertanto la mancanza di tale indicazione varrà solo ad impedire detta autorizzazione.

--Se l'indicazione della quota invece serve per documentare il possesso dei requisiti necessari per eseguire in proprio la prestazione, allora la mancanza sarà causa di esclusione non sanabile. Se si consentisse al concorrente di indicare in seguito la quota da subappaltare, al fine di dimostrare il possesso della qualificazione richiesta, si altererebbe il principio della par condicio.

--Per i protocolli di legalità eventuali carenze sono da ritenersi sanabili.

--Il mancato versamento del contributo all'Autorità costituisce causa di esclusione, mentre è sanabile l'omessa allegazione del versamento disposto prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

La presente informativa viene pubblicata sul sito dell'Osservatorio Regionale Contratti Pubblici.

Il Dirigente del Servizio
Dott. Ing.  Di Meo

il Direttore Regionale
Dott. Ing.  Di Biase

RC/pc
