



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Determinazione n. 1, dell'8 gennaio 2015

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

Premessa

Il 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, 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 decreto legislativo 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.

La disposizione dell'articolo 39 è collocata nel titolo IV del d.l. 90/2014, che riguarda le «Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico».

Tale collocazione deve essere tenuta in considerazione ai fini dell'esatta individuazione della sua portata espansiva, in un'ottica di deflazione del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici, di cui una parte alquanto rilevante riguarda la fase di ammissione ed esclusione dalla gara (spesso per questioni di carattere puramente formale) ovvero contestazioni, da parte di alcuni concorrenti, in ordine all'ammissione di altri.

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 giurisprudenziale, 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».

Le predette disposizioni, ai sensi del citato art. 39 del d.l. 90/2014, conv. in l. 114/2014, si applicano alle sole procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge.

Le norme sopra riportate sono finalizzate a superare le incertezze interpretative ed applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del Codice (oggetto di orientamenti giurisprudenziali non univoci, come si illustrerà in seguito) mediante la procedimentalizzazione del soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara) e la configurazione dell'esclusione dalla gara come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie) (in tal senso, Ad.Pl. Cons. St. n. 16 del 30 luglio 2014).

Tuttavia 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, integrata e modificata dalla presente per le parti incompatibili (alla luce della nuova disciplina sul soccorso istruttorio e delle indicazioni al riguardo fornite con il presente atto).

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.

Sotto tutti i profili sopra indicati, si rende, pertanto, necessario – nei termini che seguono – 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.

1. Oneri dichiarativi e nuovo comma 2 – *bis* dell'art. 38 del Codice

Come noto, l'art. 38, comma 1, del Codice dispone che non possono partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti che si trovano in una delle situazioni indicate nelle lettere da a) a m-*quater*) della stessa disposizione.

Tali requisiti (come sottolineato dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010) devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto. Nel caso di subappalto, momento saliente è quello del rilascio dell'autorizzazione.

Il principio espresso dall'art. 38 del Codice, secondo il quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede, in capo ai partecipanti, il possesso di inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia *affidabile* e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza (cfr. Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725).

Ai fini della dimostrazione di tali inderogabili requisiti di partecipazione, il comma 2 dell'articolo 38, consente all'operatore economico di produrre in gara una dichiarazione sostitutiva, stante quanto previsto dall'articolo 77-*bis* del d.p.r. 445/2000.

Conseguentemente, le stazioni appaltanti, ai sensi dell'articolo 43 del d.p.r. 445/2000, effettuano la verifica del possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 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».

Ciascun operatore economico partecipante ha, quindi, 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.

Al fine di chiarire la portata di tale onere dichiarativo sono intervenute, con numerose pronunce, sia l'Autorità sia la giurisprudenza amministrativa, ancorché con indirizzo non univoco.

In particolare - con riferimento al testo dell'art. 38 precedente alle modifiche normative in esame - l'Autorità ha chiarito che oltre all'ipotesi di falsità, anche l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni previste in tale disposizione normativa costituivano motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (da ultimo, parere di precontenzioso n. 144 del 20 giugno 2014).

La giurisprudenza amministrativa, secondo un'interpretazione sostanzialistica della norma in esame, che valorizza una lettura teleologica della stessa, ha invece affermato che il primo comma dell'art. 38 del Codice prevede l'esclusione dalla gara in presenza del dato sostanziale del mancato possesso dei prescritti requisiti. Pertanto, solo l'insussistenza in concreto delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato, comporterebbe *ope legis* il predetto effetto espulsivo. Effetto che, del resto, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE contempla solo nell'ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non ravvisabile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (sulla tesi sostanzialistica, Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 583; sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5883).

Il giudice amministrativo ha però espresso anche avviso di segno contrario, affermando come nelle procedure ad evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni fosse già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) doveva considerarsi di per se stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meritasse "sostanzialmente" di partecipare alla gara (Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471, in tal senso anche la più recente sent. Cons. St., sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198).

In altri termini, perfino in assenza di espressa comminatoria nella *lex specialis* di gara – stante l'eterointegrazione della disposizione di legge *de qua* per l'evidente natura di ordine pubblico che la sorregge – l'inosservanza dell'obbligo di rendere, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice comportava l'esclusione del concorrente, senza che fosse consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di mera irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (cfr. Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2011 n. 6569).

Tale dibattito giurisprudenziale deve ritenersi in parte superato, alla luce della nuova disposizione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 38 del Codice.

La novella legislativa dispone, infatti, che in caso di *mancanza, incompletezza* e ogni altra *irregolarità essenziale* degli *elementi e delle dichiarazioni sostitutive* di cui al comma 2, il concorrente è sanzionato mediante pagamento, in favore della stazione appaltante, di una 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.

La disposizione aggiunge che, 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.

La nuova previsione, dunque, esclusivamente per i casi della *mancanza, incompletezza* e ogni altra *irregolarità essenziale* degli *elementi e delle dichiarazioni sostitutive* di cui al comma 2, prevede l'obbligo del concorrente di pagare, in favore della stazione appaltante, la sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria, e ciò, è da ritenere, solamente al fine di poter integrare e regolarizzare le relative omissioni e/o carenze.

L'esclusione del concorrente dalla gara, invece, sarà disposta dalla stazione appaltante esclusivamente a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato ai fini della regolarizzazione (cioè senza che il concorrente integri o regolarizzi le dichiarazioni carenti o irregolari).

La finalità della disposizione è sicuramente quella di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali - ivi compresa anche la *mancanza assoluta delle dichiarazioni* - imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda, e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante (in tal senso, Ad. Pl. Cons. St. n. 16/2014 cit.).

Sulla base di tale disposizione, pertanto, ai fini della partecipazione alla gara, assume rilievo l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non le formalità né la completezza del contenuto della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei predetti requisiti.

Si conferma in tal modo l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l'esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito.

Sotto tale profilo, la novella in esame sembra finalizzata, altresì, alla deflazione del contenzioso derivante da provvedimenti di esclusione dalle gare d'appalto, per vizi formali – cui non corrisponda l'interesse sostanziale alla reale affidabilità del concorrente – sulle dichiarazioni rese dai partecipanti, con conseguente possibile riduzione dei casi di annullamento e di sospensione dei provvedimenti di aggiudicazione, ciò che, peraltro, si desume dalla collocazione dello stesso art. 39, nel Titolo IV del d.l. 90/2014 conv. in l. 114/2014, dedicato alle «misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico», come sopra già accennato.

1.1. Irregolarità essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del Codice

La formulazione dell'art. 38, comma 2-bis, del Codice, non specificando alcunché in ordine al concetto di *essenzialità* delle predette irregolarità, né con riferimento alla *non indispensabilità* delle dichiarazioni carenti, lascia sostanzialmente, alle singole stazioni appaltanti, l'individuazione dei casi nei quali è consentita la produzione, l'integrazione e la regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni di cui all'art. 38, commi 1 e 2. Circostanza, questa, da cui potrebbero derivare comportamenti disomogenei, laddove si consideri che una stessa fattispecie venga trattata in maniera differente da un'amministrazione all'altra.

Ciò rende indispensabile il presente intervento regolatorio, in modo da fornire un'interpretazione della norma che consenta un'applicazione uniforme della stessa, da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore. A tal fine si osserva quanto segue.

È ragionevole ritenere che con la nozione di irregolarità *essenziale* il legislatore abbia voluto riferirsi ad 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.

Tale interpretazione si desume, oltre che dalla *ratio* sottesa alla norma – che, peraltro, nel prevedere una specifica sanzione pecuniaria, intende realizzare l'obiettivo 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 – anche da un dato testuale della medesima, che assume maggior pregnanza da una lettura sistematica dei primi due periodi del citato comma 2-bis.

Infatti, nel secondo periodo della norma appena richiamata è espressamente stabilito che nei casi di *irregolarità essenziale* «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».

L'espresso riferimento al *contenuto* delle dichiarazioni ed ai *soggetti* che le devono prestare, rende palese l'intento del legislatore di estendere l'applicazione della norma a *tutte* le carenze – in termini di omissioni, incompletezze e irregolarità – riferite agli elementi ed alle dichiarazioni di cui all'art. 38 nonché agli aspetti relativi all'identificazione dei centri di imputabilità delle dichiarazioni stesse.

Per quanto attiene al contenuto occorre ribadire che le situazioni ostative ivi previste incidono *tutte* necessariamente sull'affidabilità professionale dell'impresa e, dunque, eventuali irregolarità nella relativa dichiarazione devono ritenersi *essenziali* in quanto incidenti sull'individuazione del requisito in capo all'impresa stessa (ovvero ai soggetti operanti al suo interno).

Allo stesso modo vanno ricondotte nella categoria delle *irregolarità essenziali*, le carenze della dichiarazione che attengono all'individuazione dei soggetti responsabili della stessa. Ci si riferisce, ad esempio, all'omessa produzione del documento di identità a corredo della dichiarazione o alla mancanza della sottoscrizione della dichiarazione stessa ovvero alla stessa mancata indicazione dei soggetti cui fanno riferimento le lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 38, laddove la stazione appaltante abbia espressamente richiesto tali indicazioni negli atti di gara e le connesse loro dichiarazioni.

La dichiarazione sostitutiva costituisce infatti fonte di responsabilità, anche penale, in conseguenza della eventuale falsità dell'atto, pertanto, le irregolarità che riguardano l'esatta individuazione del responsabile della dichiarazione, vanno sicuramente ricondotte nell'alveo della *essenzialità*.

In sintesi le carenze *essenziali* riguardano l'impossibilità di stabilire se il singolo requisito contemplato dal comma 1 dell'art. 38 sia posseduto o meno e da quali soggetti (indicati dallo stesso articolo). Ciò che si verifica nei 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 di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito;
- c) la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno.

Ciò secondo quanto prescritto negli atti di gara ed in conformità alle modalità in essi specificamente indicate.

La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2014, n. 16, 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. Del resto la nuova disciplina del soccorso istruttorio può ritenersi implicita ammissione normativa della facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere in modo analitico, e da parte di tutti i soggetti interessati dalla norma, le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 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 (perché dichiara espressamente di non averne riportate, eventualmente anche contrassegnando sul modulo predisposto dalla stazione appaltante la casella relativa all'assenza delle sentenze), 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, infatti, non incide sulla disciplina delle false dichiarazioni in gara, che resta confermata. Pertanto ai sensi dell'art. 38, comma 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 comma 1-*ter* dell'art. 38 ed alla comunicazione del caso all'Autorità per l'applicazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie fissate nella disciplina di riferimento (art. 38, comma 1-*ter* e art. 6, comma 11, del Codice).

La disposizione in esame fa poi riferimento ad altra categoria di irregolarità, ossia la *manca*za o l'*incompletezza* di dichiarazioni non indispensabili alle quali - come nel caso delle *irregolarità non essenziali* - non seguono sanzioni né obblighi di regolarizzazione da parte del concorrente.

Pur non essendovi menzione nella norma in esame, deve rilevarsi la possibilità che siano presenti irregolarità o carenze della dichiarazione che non possono considerarsi *essenziali* ma nel contempo non sussumibili neanche nella categoria delle *non essenziali* e *non indispensabili*, appalesandosi, invece come dichiarazioni o elementi *esigibili* da parte della stazione appaltante ai fini di una celere e certa verifica – in ossequio al principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) – dell'autodichiarazione resa dal concorrente per l'ammissione alla gara.

In tal senso viene in rilievo un *tertium genus* che riguarderebbe, per lo più ipotesi di completamento o chiarimento delle dichiarazioni e dei documenti presentati, in ordine ai quali deve ritenersi possibile, per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio, senza irrogare alcuna sanzione pecuniaria.

Si tratterebbe in tal caso di irregolarità *non essenziali* ma che tuttavia afferiscono ad elementi *indispensabili* se considerati sotto il profilo della celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede, e che la stazione appaltante può, in ogni caso, richiedere ai sensi dell'art. 46, comma 1 del Codice, non modificato dalla nuova disciplina del soccorso istruttorio.

Si pensi ad esempio, alla richiesta dell'indicazione della posizione Inps, Inail, Cassa edile, ai fini della verifica della regolarità contributiva, o all'indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale; si pensi, inoltre, all'esatta indicazione dell'indirizzo dell'agenzia delle entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, ecc.

Tale assunto, peraltro, trova conferma nella disposizione dell'art. 43 del d.p.r. 445/2000, sopra richiamata, secondo la quale 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».

Sulla base di tali indicazioni, pertanto, le stazioni appaltanti procederanno – caso per caso – alla valutazione delle irregolarità essenziali e dell'indispensabilità degli elementi e delle dichiarazioni di cui all'art. 38, secondo l'illustrato procedimento di cui al nuovo comma 2-*bis* del medesimo articolo, potendo esigere, senza sanzione alcuna, il completamento o l'integrazione delle dichiarazioni rese, tramite tutte quelle informazioni utili ad una celere definizione del procedimento di verifica delle stesse autodichiarazioni rese.

1.2 Applicazione della sanzione

Stante il tenore della disposizione di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, secondo cui 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”, 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.

La norma non contempla, invece, 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 individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; essa è correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera *omnicomprensiva*.

La sanzione è comminata, inoltre, 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) sia esso costituendo o costituito. La sanzione deve essere comminata anche all'impresa ausiliaria (in ipotesi di avvalimento) qualora la stessa produca una dichiarazione ex art. 38 carente (dichiarazione che deve essere prodotta ai sensi dell'art. 49, co. 2, lett. c) del Codice). Ciò, si ritiene, in ragione della particolare disciplina dell'istituto, secondo cui: il concorrente soddisfa i requisiti di partecipazione mediante quelli posseduti dall'ausiliaria, quest'ultima è responsabile in solido con il primo, il concorrente è escluso dalla gara per le false dichiarazioni dell'ausiliaria (art. 49, co. 3 del Codice).

Per quanto riguarda il rapporto tra accordi quadro ed 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.

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.

Per tutti gli altri casi di mancata integrazione, a seguito di richiesta della stazione appaltante, che non dipendano da una carenza del requisito, l'amministrazione aggiudicatrice provvederà a segnalare il fatto all'Autorità che gestirà la comunicazione quale notizia utile ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. dd) del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

L'aver previsto che la sanzione sia garantita dalla cauzione provvisoria pone tuttavia una serie di problemi applicativi.

Innanzitutto, nella procedura ristretta la cauzione provvisoria non viene presentata unitamente alla richiesta di invito, ciò è stato da taluni letto quale impedimento all'applicazione della sanzione nella procedura in questione.

Al riguardo sembra opportuno sottolineare, *in primis*, che la cauzione provvisoria costituisce *garanzia* del versamento della sanzione, non presupposto per la sua applicazione.

Inoltre, l'art. 38, comma 2-*bis*, richiama espressamente il comma 2 della stessa disposizione, il quale a sua volta fa riferimento alle dichiarazioni sostitutive prodotte dal 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.

La sanzione in esame, pertanto, nelle ipotesi sopra indicate, potrà essere comminata anche nelle procedure nelle quali – almeno nella fase iniziale – non sia prevista la presentazione della garanzia provvisoria.

Altro tema connesso alla funzione di garanzia attribuita alla cauzione provvisoria è costituito dall'esatta determinazione del *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 il pagamento della 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. Le stazioni appaltanti dovranno indicare nel bando di gara l'obbligo di reintegrazione, pena l'esclusione. In relazione alle difficoltà applicative connesse al previsto sistema di garanzia della sanzione tramite cauzione, l'Autorità si riserva di inviare apposita segnalazione a Governo e Parlamento.

2. Nuovo soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1-ter del Codice

La descritta nuova disciplina in ordine alla dimostrazione dei requisiti di ordine generale in gara, ha importanti riflessi anche sul soccorso istruttorio riferito ad elementi e dichiarazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 38 del Codice.

Come noto, l'art. 46 del Codice prevede che «nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati» (comma 1).

Conseguentemente «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal (...) 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» (comma 1-bis).

Infine, è intervenuto il nuovo comma 1-ter, introdotto nella norma dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, il quale prevede 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».

Nell'ambito del quadro normativo previgente, sulla base del dato letterale dell'art. 46, comma 1, dunque, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio era circoscritta al caso in cui la documentazione prodotta da un concorrente fosse carente di taluni elementi e dunque la stazione appaltante, nel rispetto del *favor participationis*, richiedeva l'integrazione o i chiarimenti in ordine al contenuto della stessa.

Inoltre, al fine di delimitare il perimetro di tale istituto, il legislatore ha previsto con il comma 1-bis della disposizione *de qua*, le cause tassative di esclusione, limitando le fattispecie escludenti a:

1. il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di attuazione del Codice) o da altre disposizioni di legge vigenti;
2. l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
3. la 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.

Come evidenziato dall'Autorità nella determinazione n. 4/2012, la *ratio* della disposizione in esame è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponda ad alcun apprezzabile interesse pubblico.

La norma individua, infatti, i vincoli ed i criteri che le stazioni appaltanti, nonché la stessa Autorità, devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis del Codice.

Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili

alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-*bis*, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Autorità ha adottato la citata determinazione n. 4/2012, ai fini dell'individuazione delle cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art. 46, comma 1-*bis*, specificando che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto, intendendosi per tali le previsioni di ulteriori ipotesi di esclusione.

Anche la giurisprudenza amministrativa è intervenuta, con numerose pronunce, sull'istituto del soccorso istruttorio - ancorché con riferimento al regime precedente all'entrata in vigore del d.l. 90/2014, conv. in l. 114/2014 - al fine di individuarne il corretto ambito applicativo e la sua reale portata espansiva.

È stato chiarito (*ex multis* Ad. Pl. n. 9/2014) come tale istituto si risolva in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti.

L'esegesi rigorosa delle disposizioni di riferimento, nasceva dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo potesse alterare la *par condicio*, violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incidere sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eludere la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura.

Invocando, altresì, il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti – in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze derivanti da eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione – sono stati individuati i distinti concetti di *regolarizzazione documentale* e di *integrazione documentale*. È stato, quindi, ritenuto inoperante l'istituto del soccorso istruttorio, nei casi in cui venivano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie in presenza di clausola, in tal senso, univoca).

Pertanto, il giudice amministrativo – sulla base del tenore testuale dell'*incipit* del comma 1 dell'art. 46 («Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45...») – ha ritenuto che il *soccorso istruttorio* consentisse di completare dichiarazioni o documenti già presentati, solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, essendo, assolutamente, precluso al concorrente supplire a carenze dell'offerta, successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi.

Parimenti, il *soccorso istruttorio* è stato pacificamente ammesso in termini di possibilità di chiedere chiarimenti, delucidazioni ovvero aggiornamenti in ordine a dichiarazioni e documenti già presentati.

Ciò premesso, è evidente come la novella normativa introdotta dall'art. 39 del d.l. 90/2014 conv. in l. 114/2014, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del Codice, determini un superamento dei principi sopra enunciati, comportando un'inversione radicale di principio; inversione in base alla quale è generalmente sanabile qualsiasi carenza, 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 di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Occorre sottolineare al riguardo che né il comma 1, né il comma 1-*bis* dell'art. 46 sono stati modificati dalla disposizione sopra richiamata e, pertanto, si ritiene di dover fornire una lettura del

nuovo comma 1-ter, che tenga conto di quanto disposto in tali previsioni normative, secondo un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni *de quibus*.

Come indicato in premessa, infatti, il comma 1-ter stabilisce che le disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis, si applicano ad *ogni ipotesi* di mancanza, di incompletezza o di 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.

Dal dato letterale della norma, emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di *ogni* omissione o incompletezza documentale, superando l'illustrato limite della *sola* integrazione e regolarizzazione di quanto *già* dichiarato e prodotto in gara. Inoltre, il riferimento ivi contenuto anche agli *elementi* e non solo alle *dichiarazioni*, consente un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a *tutti* i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione ma *non anche per supplire a carenze dell'offerta*.

L'ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio – tale da consentire il completamento o l'integrazione dell'offerta – infatti, altererebbe la *par condicio*, il libero gioco della concorrenza, violerebbe il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, eluderebbe la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura (Ad.Pl. Cons. St. n. 9/2014 cit.), non ultimo, implicherebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Gli stessi principi sopra richiamati, inducono altresì ad affermare che l'istituto in parola non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente.

2.1. Impatto del “nuovo” soccorso istruttorio sulla disciplina delle cause tassative di esclusione

La reale portata innovativa del comma 1-ter dell'art. 46 del Codice deve essere ravvisata nel fatto che il legislatore ha avvertito la necessità di richiamare le disposizioni di cui al comma 2-bis dell'art. 38 – che, di fatto, introducono la più ampia possibilità di sanatoria in ordine alle carenze documentali (elementi e dichiarazioni) – in seno ad un articolo che concerne «Documenti e informazioni complementari» nonché la «Tassatività delle cause di esclusione».

Ma vi è di più. Il comma 1-ter dell'art. 46, ritiene applicabile il meccanismo introdotto dal comma 2-bis dell'art. 38 ad *ogni ipotesi* di incompletezza o irregolarità degli *elementi* e delle *dichiarazioni*, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla *legge, al bando o al disciplinare di gara*.

Tutto ciò induce a ritenere che la disposizione in parola introduca, inevitabilmente, delle importanti novità sulla disciplina delle cause tassative di esclusione, di cui al comma 1-bis della stessa disposizione.

Si ritiene, in particolare, che la novella in esame abbia sì confermato le fattispecie ascrivibili alla categoria delle cause tassative di esclusione (l'art. 39 del d.l. 90/2014 non interviene, infatti, sui commi 1 e 1-bis dell'art. 46) ma, operando “a valle” di tale individuazione, consenta, ora, che siano resi, integrati o regolarizzati (nella fase iniziale della gara) anche gli elementi e le dichiarazioni (anche di terzi) prescritti dalla legge, dal bando o dal disciplinare di gara, la cui assenza o irregolarità sotto la

previgente disciplina determinavano l'esclusione dalla gara (si tratta di ipotesi, evidentemente, ulteriori rispetto alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 del Codice).

Pertanto, ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere dell'*essenzialità* – da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulla cause tassative di esclusione – la stazione appaltante non potrà più procedere direttamente all'esclusione del concorrente ma dovrà avviare il procedimento contemplato nell'art. 38, comma 2-*bis* del Codice, volto alla irrogazione della sanzione pecuniaria ivi prevista ed alla sanatoria delle irregolarità rilevate.

Si ritiene, infatti, che 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 – fatta eccezione per quelli che afferiscono all'offerta nei termini sopra indicati - come specificato nei successivi paragrafi.

2.2 Carenze ed irregolarità essenziali sanabili (e non).

Ciò premesso, tenuto conto delle posizioni espresse dall'Autorità nella, più volte, richiamata Determinazione n. 4/2012 – fermo restando che l'assenza del requisito e la violazione delle disposizioni che attengono a *status* e condizioni in cui devono trovarsi i concorrenti alla scadenza del termine, comportano, in ogni caso, l'esclusione del concorrente dalla gara – occorre stabilire, innanzitutto, quali sono gli elementi, la cui mancanza, incompletezza ed irregolarità non può essere sanata, in quanto le relative dichiarazioni e gli adempimenti normativamente prescritti incidono direttamente sul contenuto dell'offerta ovvero sulla sua segretezza.

In particolare, con riferimento agli elementi che influiscono sulla “*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali*” di cui al comma 1-*bis* dell'art. 46, si osserva in via preliminare che, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice:

- le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando;
- le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onere e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Con dizione sostanzialmente identica, il comma 3 dell'art. 73 ed il comma 5 dell'art. 74 prevedono che le stazioni appaltanti richiedano gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta.

È onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione.

Ne consegue che:

1. 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 (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), 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.

2. Con riferimento alla presentazione della cauzione provvisoria, prevista dall'art. 75 del Codice, a corredo dell'offerta, essa assolve – come noto – 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.

Tale cauzione assolve, peraltro, anche allo scopo di garantire la stazione appaltante per il pagamento delle sanzioni pecuniarie comminate ai concorrenti, nell'eventualità che si verifichi in gara una omissione o una irregolarità nelle dichiarazioni rese dagli stessi, nei termini in precedenza indicati.

Il riferimento, contenuto nella norma, 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.

In relazione a tale garanzia, l'Autorità (nella citata determinazione n. 4/2012) ha qualificato come causa di esclusione la mancata o irregolare presentazione (in assenza degli elementi previsti nell'art. 75) della cauzione provvisoria.

Di avviso difforme la giurisprudenza amministrativa secondo cui i vizi che attengono alla cauzione provvisoria, ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice, non determinano l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente, ma alla stessa è consentito procedere alla sua regolarizzazione o integrazione (*ex multis* Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781).

Sulla questione incide il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 46 del Codice, che sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli *elementi* e delle dichiarazioni, anche di *soggetti terzi*.

È evidente che, alla luce della nuova disciplina dettata in tema di soccorso istruttorio, la mancanza della cauzione provvisoria reca con sé implicazioni problematiche in ordine all'applicazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 2-*bis* dell'art. 38 del Codice, anche se va rilevato, come già evidenziato al paragrafo 1.2, che la prima costituisce semplicemente una garanzia in ordine al pagamento della seconda, e non anche una sua liquidazione preventiva e forfettaria; tale funzione, infatti, è attribuita alla cauzione provvisoria esclusivamente in relazione al danno che si configura per la stazione appaltante con riguardo alla mancata sottoscrizione del contratto.

Pertanto, tenuto conto che il comma 1-*ter* dell'art. 46 cit. ora consente 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 novella normativa 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.

3. Con riferimento alla mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori, di cui all'art. 106, comma 2, del regolamento si ritiene che tale fattispecie costituisca causa di esclusione. Si tratta, infatti, di un adempimento che deve essere necessariamente eseguito in una fase antecedente alla presentazione dell'offerta, perché volto ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori. Diversamente, la mancata o irregolare allegazione della dichiarazione di cui al citato art. 106, comma 2, del regolamento – ove il concorrente abbia effettivamente provveduto al sopralluogo – può essere sanata.

2.2.1 Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara

Con riferimento alle *irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara*, incidenti sulla segretezza delle offerte, si evidenzia che il comma 1-*bis* dell'art. 46 prevede la possibilità di esclusione del concorrente dalla gara in tutti i casi in cui sia violato il principio di segretezza delle offerte.

La disposizione si riferisce, in particolare, alle ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta e alla non integrità del plico o ad 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.

Vanno ricondotti alla categoria in esame i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara, che sono volte ad assicurare l'integrità dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara. La presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione, infatti, deve essere assistita dall'osservanza di alcuni adempimenti di carattere formale, tesi ad assicurare il rispetto di principi di primaria importanza, quali quello della segretezza ed immodificabilità delle proposte contrattuali formulate, nonché il principio di parità di trattamento. Si tratta, per lo più, di ipotesi riconducibili, sostanzialmente, alla categoria degli *elementi* che devono essere presenti, in base a quanto prescritto dalla legge, dal bando o dal disciplinare di gara che, tuttavia, nella misura in cui costituiscono diretta ed immediata applicazione del principio di segretezza delle offerte, continuano ad essere assoggettati allo stesso regime giuridico già delineato nella determinazione n. 4/2012, salvo specifiche ipotesi che possono ritenersi attratte alla nuova disciplina del soccorso istruttorio.

In particolare:

1. Con riferimento alle modalità di presentazione delle offerte, costituiscono cause di esclusione le seguenti ipotesi.

- mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;

- apposizione sul plico esterno generale 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;
- 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;
- mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che 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 possa ovviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessità di apertura.
- 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. Si precisa 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, *non* possono costituire cause legittime di esclusione, inter alia:

- 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;
- la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;
- la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara.

Ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, resta salva 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.

2. L'art. 79, comma 5-*quinquies* del Codice prevede che «il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni». Al riguardo, si osserva che, pur potendo rilevare il domicilio quale elemento utile per identificare il concorrente e, quindi, per accertare la provenienza dell'offerta, si tratta pur sempre di un elemento che quand'anche essenziale, se omesso o non corretto possa essere reso, integrato o regolarizzato; devono del pari essere attratte nella categoria degli elementi esigibili, senza comminatoria di sanzione, da parte della stazione appaltante – e come tali assoggettati alla disciplina del classico soccorso istruttorio – le indicazioni del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica, che rilevano, invece, esclusivamente ai fini delle comunicazioni.

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

Per effetto della novella recata dal citato art. 39 del d.l. 90/2014, è necessario verificare quali ulteriori elementi e dichiarazioni prescritti dalla legge, dal bando o dal disciplinare di gara sono suscettibili di essere resi, integrati o regolarizzati (nella fase iniziale della gara), laddove omessi, carenti o irregolari e quali, continuano a rilevare come cause di esclusione.

Tra le ipotesi di maggior rilievo, che possono essere prese in considerazione, rilevano le seguenti.

1. 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, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta.

La nuova disciplina del soccorso istruttorio dispiega, invece, pienamente la sua forza espansiva sugli altri adempimenti prescritti in ordine all'avvalimento.

2. Il principio della corrispondenza tra le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento e le quote di esecuzione (e, quindi, la ripartizione delle relative capacità tecniche ed economico-finanziarie) derivante, per gli appalti di lavori, dal combinato disposto dei commi 3 e 13 dell'art. 37 del Codice, comportava l'obbligo di indicare all'atto della partecipazione, le quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che sarebbero stati eseguiti da ciascun associato. Tale indicazione costituiva requisito di ammissione alla gara.

Nell'atto di determinazione n. 4/2012, sia per i lavori sia per i servizi e le forniture, la violazione del precisato obbligo di specificare le parti di prestazione da eseguire (di cui all'art. 37, comma 4) – considerata la rilevanza che tale specificazione acquisiva in ordine alla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque, sugli elementi essenziali dell'offerta, la mancanza della stessa – pena la violazione dei principi della *par condicio* e della trasparenza, non era stato ritenuto suscettibile di regolarizzazione postuma.

Peraltro, in caso di procedure ristrette, negoziate o di dialogo competitivo o, più in generale, nelle procedure nelle quali vi è una fase di cd. "prequalifica" a seguito della quale la stazione appaltante sceglie i concorrenti da invitare, era comunque necessario, a pena di esclusione, indicare le quote già nella domanda di partecipazione, al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica del possesso dei prescritti requisiti e la conseguente definizione dell'elenco degli operatori cui inviare le lettere di invito a presentare offerta.

Allo stato attuale, 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, le indicazioni sopra richiamate devono ritenersi in parte superate. Infatti, 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. n. 207/2010 (così 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.

3. Con riferimento all'istituto del subappalto, l'art. 118 del Codice impone alcuni adempimenti da parte del concorrente. In particolare si prevede, *inter alia*, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2).

Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante ma non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti.

Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione. 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 sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle.

La carenza di una simile dichiarazione non si ritiene possa essere sanata. Laddove, infatti, si consentisse ad un concorrente, sprovvisto della necessaria qualificazione richiesta dalla *lex specialis* di gara, di indicare successivamente la volontà di subappaltare una quota dei lavori, con indicazione della relativa quota, al fine di dimostrare il possesso della qualificazione richiesta, si altererebbe il principio di *par condicio* tra i concorrenti. Tale dichiarazione, infatti, afferisce direttamente al possesso del requisito essendo espressione di un'autodeterminazione del concorrente in ordine alle modalità di acquisizione del medesimo.

La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta ma solamente l'obbligo di indicare le quote di attività 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.

4. Con riferimento ai protocolli di legalità, nella citata 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.

5. Costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato).

Di contro, un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, oppure (alla luce della novella in esame) 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. 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.

* * *

Approvata dal Consiglio nell'adunanza dell'8 gennaio 2015

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 22 gennaio 2015

Il Segretario: Rosetta Greco