

Lancio: Soccorso istruttorio: per l'ANAC la sanzione va pagata solo se il concorrente intende regolarizzarsi

Abstract: Pubblicato un nuovo Comunicato del Presidente dell'ANAC del 25 marzo 2015, con cui viene, tra l'altro, ribadito, in linea con quanto rilevato da ANCE, che la sanzione deve essere pagata solo se il concorrente intende rientrare in gara

Approfondimento: Procedure di gara

Pubblicato dall'ANAC il Comunicato del Presidente del 25 marzo 2015, con il quale vengono forniti ulteriori chiarimenti in ordine all'applicazione della nuova disciplina del soccorso istruttorio, come prevista dagli artt. 38, comma 2- bis, e 46, comma 1- ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti), alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto legge n. 90/2014, convertito, con modificazione, nella legge n. 114/2014.

Il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'11 e 12 marzo 2015, ha approvato la risposta ad una serie di quesiti, ribadendo taluni principi già espressi nella determinazione n. 1/2015.

In particolare, il comunicato ha ulteriormente precisato che:

- la disciplina di cui al citato comma 2-bis ha portata generale e, pertanto, la sanzione di cui all'art. 38, comma 2-bis può essere comminata anche nelle procedure ristrette;
- il divieto di cui all'art. 12 del D.lgs. 205/2009 (Codice delle Assicurazioni Private), che non consente le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio del pagamento delle sanzioni amministrative, non incide sulla disciplina del soccorso istruttorio. Ciò, in quanto, come ribadito dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, la causa della polizza fideiussoria di cui all'art. 75 del Codice dei contratti non è quella di traslare il rischio di un avvenimento futuro ed incerto del contraente assicuratore, bensì quella di garantire l'adempimento di una obbligazione altrui. Ciò considerato, la polizza fideiussoria rientra nell'ambito dei contratti (autonomi) di garanzia, mentre quello di assicurazione rientra nell'ambito dei contratti aleatori e, pertanto, la diversa tipologia dei negozi giuridici contemplati rispettivamente dagli artt. 12 d.lgs. 209/2005 e 75 d.lgs. 106/2006 è di per sé sufficiente a fugare i dubbi su ipotetiche violazioni del divieto posto dal Codice delle assicurazioni.
- la sanzione individuata negli atti di gara deve essere comminata nel solo caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio. Il comunicato afferma, infatti, che tale lettura è doverosa sia per evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese, sia in ossequio al principio di primazia del diritto comunitario, che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria anche in corso di recepimento. In particolare, viene precisato che la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici prevede all'art. 59, paragrafo 4, secondo capoverso, la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione.

Tale posizione accoglie pienamente e ribadisce quanto sostenuto da ANCE sin dalla fase di consultazione sulla determina n. 1/2015, e che l'associazione è tornata più recentemente ad evidenziare agli interlocutori istituzionali, - tra cui, anche, la Presidenza del Consiglio e il Ministero delle Infrastrutture - a seguito della differente posizione

sostenuta dal Procuratore Generale della Corte dei Conti, tesa ad affermare la natura obbligatoria del pagamento della sanzione, (ossia, a prescindere dalla volontà di attivare il soccorso istruttorio).

- in caso di partecipazione di un costituendo RTI ad una procedura ristretta, la cauzione presentata in forma di fideiussione dovrà essere intestata, e, quindi, sottoscritta da ogni membro del costituendo raggruppamento, in qualità di contraente. In tal modo la stessa verrà a garantire la stazione appaltante per l'eventuale inadempimento posto in essere da uno qualsiasi dei contraenti. Da ciò ne consegue che:
 - 1) nell'ipotesi in cui la stazione appaltante disponga l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla gara, il singolo membro del raggruppamento dovrà procedere alla predetta integrazione o regolarizzazione "per quanto di competenza".
 - 2) in caso di mancata regolarizzazione, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara (cfr. determinazione n.1/2015 pag. 8) e, quindi, di tutto il costituendo RTI, che rappresenta un unico concorrente. Ciò, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento sia imputabile alla mandataria o ad una delle mandanti, non essendo consentito alla stazione appaltante ammettere al prosieguo della gara la sola mandataria nella veste di nuovo soggetto partecipante singolarmente o in raggruppamento con diverso operatore economico. Infatti, in tale caso, la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo non avverrebbe, a parere dell'ANAC, per esigenze organizzative proprie del RTI o consorzio, ma per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del RTI, che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (cfr. art. 37, comma 18 e 19, del Codice dei Contratti Pubblici).

Si vuole precisare che la natura interpretativa dell'atto lo rende applicabile a tutti i procedimenti di applicazione della disposizione, sin dal momento della sua entrata in vigore.

In allegato alla presente news, il testo integrale del comunicato.

Roma, 26 marzo 2015
CM/ff