ANAC: senza soccorso istruttorio non c’è sanzione

23 Ottobre 2015

La sanzione pecuniaria individuata negli atti di gara è comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; diversamente, in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà alla semplice esclusione del concorrente dalla gara.

E’ quanto ribadito in un recente parere, che conferma la posizione dell’A.N.AC., Autorità Nazionale Anticorruzione, sul pagamento della sanzione prevista dal nuovo “soccorso istruttorio”, cosi come disciplinato dal comma 2-bis dell’ art. 38 del Codice dei contratti pubblici (in vigore dal 25 giugno 2014 e introdotto dall’art. 39, DL 90/2014, il cd. “Decreto Sviluppo”, convertito con integrazioni dalla L. 114/2014, in vigore dal 19 agosto 2014).

Come noto, il nuovo soccorso istruttorio amplia l’applicazione del precedente istituto a fattispecie prima non contemplate; ciò, tuttavia, introducendo l’obbligo del pagamento di una sanzione a carico del concorrente che è incorso in una irregolarità essenziale delle dichiarazioni.

La necessità dell’A.N.AC. di ritornare sul nuovo soccorso istruttorio, dopo la determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015 e i successivi comunicati del Presidente, muovono dalla richiesta avanzata dall’Autorità Portuale di Ancona, la quale ha chiesto di ottenere un parere sulla corretta applicazione della sanzione pecuniaria prevista dal bando di gara nel caso di presentazione di cauzione provvisoria deficitaria e successiva richiesta di regolarizzazione, a fronte della quale l’operatore economico decideva di accettare l’esclusione dalla gara senza avvalersi del soccorso istruttorio.

Sul punto, l’ANAC rimane coerente con la posizione espressa sia nella determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015 sia nel Comunicato del Presidente del 25 marzo 2015, ribadendo che, “*in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procede all’esclusione del concorrente dalla gara. La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio*”.

Pertanto, laddove il concorrente non provveda alla regolarizzazione degli elementi

essenziali carenti, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara. Di contro, la sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio.

Nello stesso parere, è confermata la motivazione espressa nel citato Comunicato del Presidente, e cioè «*la lettura fornita dall'Autorità si è imposta come 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*».

Da notare che il parere è coerente con quanto affermato dall'ANAC poco più di un anno fa. Infatti, già prima dell'avvento del nuovo soccorso istruttorio, la stessa Autorità aveva osservato che l'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4 del Codice, era da ritenere carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile (parere ANAC n. 94 del 7 maggio 2014 e determinazione AVCP n. 4/2012).

Laddove, invece, la cauzione provvisoria fosse stata di importo deficitario, era possibile l'esercizio del soccorso istruttorio, volto a fare integrare la garanzia; ciò in coerenza con i principi generali che presiedono l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice dei contratti in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, in ipotesi di evidente errore formale.

Questa linea interpretativa è stata poi confermata nella citata determinazione n. 1/2015, laddove la stessa Autorità chiarisce che il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 46 del Codice, sembra ammettere la sanatoria 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.

Sotto questo aspetto, è stato, tuttavia, osservato dalla giurisprudenza favorevole ad una completa sanabilità della cauzione provvisoria che, qualora ciò fosse sempre ammesso, non potrebbe neppure parlarsi di una violazione del canone della par condicio dei concorrenti (TAR Roma, Sez. III, 10 giugno 2015 n. 8143).

22448-parere.prec_.-155.2015-ANAC.pdfApri