

Bozza di Determinazione: 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 (nuova disciplina del soccorso istruttorio)

1. Considerazioni preliminari

L'articolo 39 del D.L. n. 90 del 2014, convertito, con modificazione, dalla legge 114 del 2014, è intervenuto sulla disciplina del soccorso istruttorio, nell'ambito della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, prevedendo l'applicazione di una sanzione pecuniaria nei casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti medesimi e la possibilità di rendere, integrare o regolarizzare le suddette dichiarazioni.

La norma ha senza dubbio un contenuto positivo laddove consente alle stazioni appaltanti di non incorrere in esclusioni per motivi meramente formali.

Tuttavia, si nutrono dubbi in merito alla compatibilità della predetta sanzione con i principi costituzionali in materia di accertamento della responsabilità per fatto illecito, nonché con quelli comunitari e nazionali in materia di semplificazione amministrativa e soccorso istruttorio.

Infatti, in primo luogo, va ricordato che l'applicazione di una sanzione amministrativa richiede la sussistenza della coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa (cfr. art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689).

Nella disposizione in esame, tuttavia, è del tutto assente la fase di accertamento in contraddittorio dell'elemento soggettivo, da cui un possibile profilo di contrasto con i suddetti principi.

Occorre, poi, evidenziare che la nuova Direttiva in materia di appalto nei settori ordinari (2014/25/UE) disciplina il soccorso istruttorio, consentendo alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere agli operatori economici interessati la presentazione, l'integrazione, il chiarimento o il completamento delle informazioni o della documentazione di gara, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza (art. 53, comma 3).

A ciò si aggiunga che, sul piano della normativa nazionale, l'articolo 71 del DPR 445/2000, prevede che, in caso di autodichiarazioni irregolari o incomplete non costituenti falsità, ne

debba essere consentita la regolarizzazione o il completamento, senza alcun aggravio economico per l'interessato. In casi di mancata regolarizzazione, ha luogo solo l'interruzione del procedimento, ossia, in caso di procedura ad evidenza pubblica, l'esclusione dalle stesse.

Alla luce di tali considerazioni, la previsione di un meccanismo sanzionatorio appare non conforme alla regolamentazione di settore, sia di matrice comunitaria che nazionale.

Per tali ragioni, sarebbe opportuno procedere ad un ripensamento della norma, addivenendo ad una soppressione della sanzione. In via del tutto subordinata, la sanzione andrebbe comunque ridotta nell'importo e comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda regolarizzare le dichiarazioni mancanti o incomplete.

Infatti, rispetto ad una condotta che non ha rilievo penale, viene previsto una sanzione estremamente onerosa, il cui importo risulta pari addirittura all'importo massimo previsto dal Codice Penale (art. 24) per le multe, nonché pari a cinque volte l'importo massimo previsto dallo stesso codice (art. 25) per le contravvenzioni, e pari a più di tre volte l'importo massimo delle sanzioni amministrative previste dall'articolo 10 della legge 689/1981.

Sotto diverso profilo, si rileva che la sanzione massima di 50 mila euro accumuna tutte le gare di importo superiore ai cinque milioni di euro, così penalizzando le imprese medio piccole.

Quanto, invece, alla natura eventuale del versamento della sanzione, una modifica normativa in tal senso avrebbe il pregio di avvicinare maggiormente la norma ai principi e le disposizioni in materia di semplificazione amministrativa, sopra illustrati.

Pertanto, in attesa di un intervento normativo espresso, non si esclude che il pagamento eventuale della sanzione possa essere profilato anche in via interpretativa, privilegiando la natura indennitaria dell'importo da pagare, come poi si dirà oltre.

2. La casistica delle irregolarità

Nell'esprimere un apprezzamento per l'obiettivo dell'Autorità di enucleare la tipologia di situazioni di irregolarità, contemplate dall'articolo 39 del DL 90/2014, e delle relative conseguenze, si vuole altresì esprimere l'auspicio che la determinazione definitiva fornisca una casistica ancora più dettagliata, al fine di favorire comportamenti omogenei da parte delle pubbliche amministrazioni, a beneficio del principio di massima partecipazione e di non discriminazione.

In questo contesto, sarebbe opportuno escludere dal “soccorso istruttorio con sanzione” quelle situazioni che nel regime antecedente all’entrata in vigore della norma in commento già consentivano in modo pacifico la semplice integrazione documentale.

3. Il procedimento per il pagamento della sanzione

In attesa dell’auspicato intervento normativo chiarificatore, si vuole evidenziare che, da un punto di vista strettamente interpretativo, il termine "sanzione" potrebbe essere inteso come una forma di indennizzo forfettario - e non come una misura afflittiva per l’impresa - disposto a favore dell’amministrazione, volto a ristorarla del ritardo causato nello svolgimento della procedura di gara e degli ulteriori costi legati all'espletamento del procedimento suppletivo di verifica della regolarità delle dichiarazioni integrate dal concorrente.

La natura indennitaria della sanzione ne comporterebbe altresì il suo carattere eventuale, nel senso che la stessa dovrebbe trovare applicazione solo allorché il concorrente decidesse di produrre le dichiarazioni mancanti o incomplete.

Tale interpretazione avrebbe il pregio di eliminare i profili di contrasto della misura sanzionatoria con gli invocati principi in materia di semplificazione amministrativa e accertamento della responsabilità, ai fini dell’irrogazione di sanzioni.

Pertanto, ricorrendo un’ipotesi di irregolarità essenziale sanabile, la stazione appaltante dovrebbe assegnare un termine al concorrente, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni mancanti, indicandone il contenuto ed i soggetti che le devono rendere.

Nel caso in cui il concorrente regolarizzi la documentazione, la stazione appaltante incassa il pagamento, in mancanza del quale potrà rivalersi sulla cauzione provvisoria, con obbligo di reintegrazione a carico del concorrente, a pena di esclusione dalla gara.

Nel caso, invece, di inutile decorso di tale termine, il concorrente dovrebbe essere escluso dalla gara, senza ulteriori penalità.

Al riguardo, va evidenziato che l’interpretazione circa la natura indennitaria, e non afflittiva, della “sanzione” si rende necessaria anche sotto un altro profilo.

L'articolo 39, infatti, prevede che il pagamento della sanzione sia garantito dalla cauzione provvisoria.

Tuttavia, ai sensi del Codice delle Assicurazioni Private (di cui al D.Lgs. n. 209/2005), risulta vietato stipulare contratti di assicurazione che abbiano per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative (art. 12).

Ciò sta creando notevoli difficoltà applicative, dal momento che taluni istituti assicurativi non rilasciano detta forma di garanzia. Ciò si traduce, in un ulteriore aggravamento delle modalità di partecipazione alla gara, poiché le stazioni appaltanti obbligano i concorrenti a prestare la garanzia mediante assegno circolare o contanti.

Infine, come detto, la ricostruzione in senso indennitario della “sanzione” appare meno stridente con il disposto dell’articolo 71 del DPR 445/2000 che, com’è noto, prevede che le autodichiarazioni irregolari o incomplete, non costituenti falsità, possano essere regolarizzate e che, in caso di inerzia da parte dell’interessato, il procedimento non abbia seguito.

Ciò significa che, in caso di mancata regolarizzazione, ha luogo esclusivamente l’interruzione del procedimento - *rectius*, nei procedimenti di gara, l’esclusione del concorrente - senza l’irrogazione di alcuna sanzione pecuniaria ulteriore.

Si auspica, quindi, che l’Autorità, in attesa di un chiarimento normativo, possa condividere tale ricostruzione.

4. Entità della sanzione

Fatto salvo quanto rilevato al punto 1), si osserva che, nella norma in esame, non è prevista alcuna graduazione della sanzione, in ragione della gravità dell’omissione o della irregolarità in cui sia incorso il concorrente.

Ciò posto, si rende opportuno fornire i criteri per la concreta comminatoria della sanzione, al fine di armonizzare la norma stessa con i principi di parità di trattamento e di proporzionalità.

Si consideri, ad esempio, l’applicazione di una identica sanzione sia nel caso di completa omissione di una dichiarazione, così come di una mera irregolarità della stessa. Risulterebbe, infatti, ingiustificatamente penalizzante per il soggetto che commette la mancanza più lieve essere trattato allo stesso modo di quello che pone in essere la condotta più grave.

5. Calcolo della cauzione

Quanto alla previsione secondo la quale il versamento della sanzione è garantito dalla cauzione provvisoria, si osserva quanto segue.

Il testo dell'articolo 39 si limita a disporre che il versamento della sanzione è garantito dalla cauzione provvisoria, escludendo un suo eventuale incremento percentuale.

Ciò posto, si rende opportuno un chiarimento da parte dell'Autorità, nel senso di stabilire che un incremento percentuale della cauzione non è previsto. Da ciò consegue che il pagamento dovrà essere effettuato contestualmente alla presentazione della documentazione omessa. La cauzione sarà escussa in caso di mancato pagamento della sanzione. La cauzione provvisoria, in tale eventualità, dovrà essere opportunamente reintegrata, pena l'esclusione dalla gara.

6. Altro

Si ritiene opportuno un ulteriore chiarimento in merito all'istituto del subappalto.

Sul punto, si condivide pienamente quanto affermato dall'Autorità nel senso che la normativa prevista dall'articolo 118 del Codice dei contratti pubblici non comporta l'obbligo per il concorrente di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta.

Ciò premesso, andrebbe peraltro precisato che, a carico del concorrente, sussiste l'obbligo di indicare le lavorazioni o le parti di opere – e non la quota - da subappaltare.

Al riguardo, si fa presente che il citato articolo 118 prevede espressamente, al comma 2, che *“i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo”*.

19 novembre 2014