

Oneri formali in gara: la cura è peggiore del male?
--

di Massimo Gentile¹

Sul supplemento ordinario n. 70 alla Gazzetta ufficiale n. 190 del 18 agosto 2014 è stata pubblicata la legge 11 agosto 2014, n. 114 recante *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari”*.

Tra le novità introdotte nel comparto opere pubbliche quella di maggiore rilevanza è il tentativo di semplificazione degli oneri formali nella partecipazione alle gare.

Più nel dettaglio l’articolo 39 del menzionato decreto legge ha disposto l’inserimento all’art. 38 del Codice dei contratti del comma 2-bis e all’art. 46 del comma 1-ter. In base al combinato disposto dei due commi è previsto che *“la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive”* di cui all’articolo 38 comma 2 del Codice e, più in generale, la *“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”*, determina l’obbligo - garantito dalla cauzione provvisoria - per il concorrente che vi ha dato causa, di pagamento, in favore della stazione appaltante, di una *“sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara”*.

La procedura è in sintesi la seguente:

- a) rilevata la carenza o irregolarità, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, affinché siano *“rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie”*;

¹ In corso di pubblicazione sul sito appalti e contratti

- b) in sede di assegnazione del termine va indicato il “*contenuto e i soggetti*” che devono rendere le richieste integrazioni o regolarizzazioni;
- c) in caso di inutile decorso del richiamato termine, il concorrente viene escluso dalla gara.

La norma precisa inoltre che, nei casi di “*irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili*”, la stazione appaltante non deve richiedere la regolarizzazione, né applicare alcuna sanzione.

Indubbiamente la norma è finalizzata a superare ogni possibile rischio di contestazioni ed esclusioni formali che nemmeno il principio della tassatività delle cause di esclusione, sancito dal D.L. n. 70 del 2011 mediante l'introduzione del comma 1bis all'articolo 46 del Codice, è riuscito a scongiurare.

Pur accogliendo con interesse e favore <<l'ennesimo>> tentativo del legislatore di agevolare la scorrevolezza e linearità nello svolgimento delle procedure di gara, non ci si può esimere dal muovere alcuni primi sintetici rilievi alla introdotta modifica.

Una prima questione che si pone è quella di comprendere in quale rapporto si ponga la novella del 2014 rispetto al menzionato principio della tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 1bis dell'articolo 46.

Va infatti rimarcato che, nella parte conclusiva di detto comma, è precisato che “*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione*” rispetto a quelle indicate nella parte iniziale del comma stesso.

In buona sostanza, atteso che le cause di esclusione dalle gare sono solo ed esclusivamente quelle indicate nel comma 1bis, la *lex specialis* di gara non può operare alcuna integrazione o modificazione delle stesse.

Oggi questo principio inizia a “vacillare”.

Infatti, l'introdotta comma 2bis dell'articolo 46 fa espresso riferimento non solo agli elementi e dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base “*alla legge*” ma anche a quelli (ovviamente ulteriori)

previsti dal “*bando*” o dal “*disciplinare di gara*”, riconoscendo così implicitamente la possibilità alle stazioni appaltanti di operare un ampliamento, in sede di *lex specialis*, degli obblighi dichiarativi e produttivi dei concorrenti.

Un secondo rilievo è correlato alla procedura.

La norma stabilisce che, laddove il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante di pagamento della sanzione ed integrazione della documentazione prodotta, lo stesso “*è escluso dalla gara*”.

Ora, ciò che non è dato comprendere è se la sanzione debba essere applicata o meno anche nel caso di esclusione dalla gara per mancata integrazione documentale.

Una prima lettura della norma farebbe propendere per una risposta affermativa, considerato che l’obbligo di pagamento sembra essere scisso dalla facoltà, concessa al concorrente, di emendare l’errore.

Non solo, ma diversamente ragionando - ossia ritenendo il pagamento della sanzione dovuto solo ai fini di non essere escluso dalla gara - non avrebbe alcun senso garantire l’assolvimento dell’obbligo di pagamento con la cauzione provvisoria; delle due l’una: o il concorrente paga ovvero viene escluso.

Atteso dunque che l’obbligo di pagamento sembra prescindere dalla eventuale ammissione o meno del concorrente al prosieguo della gara, ci si chiede se una siffatta disposizione consenta effettivamente una semplificazione delle procedure di gara e non rischi di apportare (ulteriori) appesantimenti di dubbia utilità, se non per le finanze delle stazioni appaltanti...

Non solo, ma non si comprende nemmeno quale possa essere la logica di “sanzionare” sviste ed errori (magari di segreteria) di un concorrente, il quale potrebbe peraltro non avere alcun interesse a proseguire la gara accollandosi la sanzione.

Terzo dubbio.

In caso di procedura ristretta le nuove disposizioni, almeno nella parte che stabiliscono la copertura dell’obbligo di pagamento con la cauzione

provvisoria, non possono trovare applicazione. E' infatti notorio che nella fase di prequalifica i concorrenti non sono tenuti a presentare alcuna cauzione. Pertanto, in caso di dichiarazioni o documentazione carente, l'obbligo di pagamento della sanzione verrebbe a non essere garantito da alcuna cauzione.

Infine, la questione della essenzialità.

Il concetto di "essenziale" rischia di generare una confusione in sede di applicazione delle norme.

Ciò con particolare riferimento alle questioni che ancora oggi non hanno trovato una soluzione univoca a livello di giurisprudenza o di Autorità (basti pensare alla cauzione, al subappalto necessario, alla indicazione degli oneri di sicurezza).

Infine, va rimarcato che l'ampio riferimento contenuto al comma 2bis dell'articolo 46 del Codice (elementi e dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara) non consente di escludere a priori che tra i documenti suscettibili di correzione, previo pagamento della sanzione, vi sia anche l'offerta dell'aggiudicatario come degli altri concorrenti.

Ciò – ad avviso di chi scrive – rischia di creare i presupposti per comportamenti in gara di difficile gestione, soprattutto allorché l'integrazione della documentazione prodotta e la conseguente mancata esclusione di un concorrente non aggiudicatario determini effetti sulla classifica di gara a vantaggio di altri concorrenti (si pensi ad esempio alla modifica della soglia di anomalia).

In sintesi, seppur l'intenzione di fondo del legislatore non possa che essere condivisa, il rischio concreto in questo caso è che la cura risulti peggiore del male.