

**La sanzione per le irregolarità in gara:  
primi spiragli di luce<sup>1</sup>**

*di Massimo Gentile*

Con Determinazione 8 gennaio 2015 n. 1, l'ANAC ha fornito taluni criteri interpretativi delle disposizioni contenute agli articoli 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Tali disposizioni, è utile rammentare, sono state introdotte dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 recante “*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.

Siffatto decreto ha modificato gli articoli 38 e 46 del Codice, in tema di requisiti generali occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento e tassatività delle cause di esclusione.

La novella normativa ha determinato l'insorgere di alcune questioni interpretative tra le quali quella concernente le modalità di applicazione della “sanzione” prevista per i casi di incompletezza e irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui all'articolo 38 comma 2.

La norma prevede che il concorrente è tenuto 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.

La stessa norma precisa che la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate

---

<sup>1</sup> Pubblicato su Appalti&Contratti di marzo 2015

le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Un dubbio che è sorto è se la sanzione trovi applicazione anche alla fase di prequalifica delle procedure ristrette, atteso che in tale fase i concorrenti non sono tenuti alla presentazione della cauzione provvisoria che, per espressa previsione dell'articolo 38 comma 2bis, garantisce il versamento della sanzione.

Ebbene, l'Autorità rileva che la cauzione provvisoria costituisce “*garanzia*” del versamento della sanzione, non presupposto per la sua applicazione e che l'articolo 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.

Pertanto, secondo l'ANAC, una lettura congiunta delle due disposizioni, conduce a confermare l'applicabilità della disciplina sanzionatoria anche alle procedure ristrette.

La sanzione è, infatti, 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 senza esclusione o limitazione alcuna.

Altra questione interpretativa che si pone è quella riguardante l'individuazione delle conseguenze, in termini di partecipazione alla gara, correlate al mancato versamento della sanzione.

Più specificamente, ci si chiede se la sanzione debba o meno essere versata nel termine di 10 giorni previsto per la regolarizzazione da parte del concorrente della documentazione carente e se, in caso di mancato versamento, il concorrente vada o meno escluso.

Ci si chiede altresì se il concorrente possa rinunciare alla integrazione documentale – e, dunque, alla partecipazione al prosieguo della gara - senza dover subire l'applicazione della sanzione.

Su questo tema l’Autorità si limita ad evidenziare che la sanzione va comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio.

Nonostante la laconicità della affermazione, non sembrano esservi dubbi che la “rinuncia” alla gara determini giocoforza il venir meno della sanzione, atteso che in quel caso il concorrente non intende *“avvalersi del nuovo soccorso istruttorio”*.

Chiara è l’avviso dell’Autorità in ordine alla necessità o meno di escludere il concorrente che regolarizzi nei termini la documentazione ma non provveda al pagamento della sanzione.

Nella Determina è, infatti, precisato che l’esclusione del concorrente dalla gara 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)”*.

Sottolinea l’ANAC al riguardo che 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.).

Dunque, è opinione di chi scrive, che, seguendo alla lettera le indicazioni dell’Autorità, laddove un concorrente regolarizzi la documentazione ma si rifiuti di versare la sanzione, la stazione appaltante dovrà comunque ammetterlo al prosieguo della gara ed agire – anche tramite escussione della cauzione – per l’ottenimento dell’importo della sanzione.

La situazione paradossale che potrebbe determinarsi è che il concorrente vinca la gara e la stazione appaltante si trovi “costretta” a sottoscrivere il contratto di appalto con un soggetto nei confronti del quale ha già un contenzioso in essere.

L’Autorità conferma, inoltre, come la norma non contempli la possibilità di graduare la sanzione in ragione della gravità dell’irregolarità commessa, attesa l’assenza nella norma di qualsivoglia riferimento in tal senso. Ne consegue che, a prescindere dall’entità quantitativa e qualitativa delle carenze documentale e/o dichiarativa riscontrata – e fermo restando la essenzialità di detta carenza - la sanzione andrà comunque applicata nella misura prevista in bando.

La sanzione è comminata, inoltre, esclusivamente al soggetto le cui dichiarazioni sono carenti e devono essere integrate e/o regolarizzate; ciò anche nel caso di presentazione dell’offerta da parte di RTI - che non costituisce soggetto diverso dai concorrenti - sia esso costituendo o costituito.

Dunque, nel caso di dichiarazione o documentazione manchevole riferita ad un soggetto facente parte di un raggruppamento temporaneo di imprese, sarà il raggruppamento stesso a risponderne sia in termini di sanzione che di eventuale esclusione.

L’Autorità precisa, infine, che la sanzione va comminata anche all’impresa ausiliaria (in ipotesi di avvalimento) qualora la stessa produca una dichiarazione ex art. 38 carente; l’articolo 49 del Codice prevede, infatti, che il concorrente soddisfa i requisiti di partecipazione mediante quelli posseduti dall’ausiliaria - , la quale è responsabile solidalmente – e che il medesimo concorrente è passibile di esclusione dalla gara per le false dichiarazioni dell’ausiliaria.

Anche tale affermazione appare pienamente condivisibile.

Del resto all’art. 46 comma 1-ter del Codice è precisato che il procedimento di regolarizzazione di cui all’articolo 38, comma 2-bis, trova applicazione 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.

Non vi è dubbio che nel novero dei soggetti terzi rientri anche l'impresa ausiliaria.

Qualche dubbio potrebbe sorgere in relazione all'ambito di copertura della cauzione provvisoria la quale, in linea astratta, non dovrebbe garantire il versamento di una sanzione correlata alla mancata produzione di una dichiarazione da parte dell'ausiliaria, soggetto estraneo al rapporto fideiussorio (oltre che potenzialmente sconosciuto al fideiussore).

In conclusione, può affermarsi che la Determinazione dell'Autorità costituisce un utile riferimento per la soluzione di molte delle problematiche interpretative connesse ad una disposizione di legge che – forse troppo ottimisticamente – era stata salutata come uno strumento di deflazione del contenzioso e che nei fatti si sta rivelando un (ulteriore) ostacolo ad un agevole e spedito svolgimento delle procedure di gara.