

# Il nuovo soccorso istruttorio “rafforzato” nel MePA tra semplificazione procedurale e gestione telematica delle comunicazioni

di Giancarlo Sorrentino

Nell'ambito delle misure per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari adottate con decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, (convertito con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114), l'art. 39 – rubricato “Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affida-

mento di contratti pubblici” – ha modificato gli art. 38 e 46 del codice dei contratti riguardanti – rispettivamente – i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari nonché la tassatività delle cause di esclusione.

In particolare, è stato inserito il comma 2-*bis* nell'art. 38 e il comma 1-*ter* nell'art. 46 così come di seguito schematicamente riportato:

#### Codice dei contratti, art. 38, comma 2-*bis*

La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa 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. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

#### Art. 46, comma 1-*ter*

Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-*bis*, si applicano 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.

Si tratta di una modifica normativa che – dettata da un'evidente esigenza di deflazione del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici – ha introdotto un nuovo tipo di soccorso istruttorio c.d. “rafforzato” (obbligatorio per ogni tipo di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara e con sanzione pecuniaria a carico del concorrente che vi ha dato causa) prevedendo conseguentemente,

come regola generale, l'esclusione dalla gara unicamente per l'omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante.

Siamo di fronte ad una modifica normativa di grande impatto sulla gestione delle procedure di gara la cui attuazione, tuttavia, risulta alquanto complessa attese le difficoltà esegetiche legate all'individuazione delle fat-

tispecie che ricadono nel fuoco della novella legislativa. In tale contesto, risulta di grande interesse la determinazione n. 1/2015 adottata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione in data 8 gennaio 2015 avente ad oggetto "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", nonché il successivo Comunicato ANAC del 25 marzo 2015 a firma del Presidente, nel cui ambito viene analiticamente esaminata la nuova disciplina del soccorso istruttorio fornendo su numerose questioni (esempio garanzia provvisoria, avvalimento, subappalto, contributo ANAC, ecc.) puntuali indicazioni operative da attuare – pur se con qualche perplessità – in corso di gara.

Tuttavia, i criteri interpretativi forniti dall'ANAC non contengono alcuna specifica indicazione nell'ipotesi di gare gestite interamente con strumenti telematici come le RDO MePA, procedure che, invece, – proprio per la loro natura dematerializzata – risultano connotate da una forte "interferenza" degli aspetti tecnico-informatici sulle norme del codice dei contratti richiedendo un ulteriore sforzo interpretativo da parte della stazione appaltante.

Si pensi, infatti, alla sottoscrizione con certificato digitale scaduto temporalmente, all'utilizzo di un certificato digitale non di sottoscrizione ma di autenticazione o di un certificato digitale non conforme alle norme tecniche, oppure alla funzione "controfirma" al posto di quella "aggiungi firma" per le sottoscrizioni multiple o alle modalità di presentazione di una garanzia digitale. Nell'economia di questo contributo, l'analisi sarà finalizzata a rispondere alle seguenti domande:

- il nuovo soccorso istruttorio trova applicazione anche al MePA?
- l'applicazione del sistema sanzionatorio – con relativa richiesta di garanzia provvisoria – può essere derogata nell'ambito delle RDO?
- quali modalità utilizzare per inoltrare le richieste del nuovo soccorso istruttorio?

Il Mercato elettronico della pubblica amministrazione, disciplinato dall'art. 328 del d.P.R. n. 207/2010, non rap-

presenta una procedura diversa da quelle tipizzate dal Codice dei contratti; esso è unicamente uno strumento attraverso il quale è possibile gestire in via telematica gli affidamenti di beni e servizi sottosoglia.

In particolare, le stazioni appaltanti – ai sensi del comma 4 del citato art. 328 – avvalendosi del mercato elettronico possono effettuare acquisti di beni e servizi (sotto soglia):

- a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati;
- b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia.

Siamo di fronte a due schemi procedurali alquanto diversi: da un lato le procedure di gara "sottosoglia" assoggettate alle disposizioni codicistiche e il cui perimetro normativo è delineato dall'art. 124 del codice, dall'altro le procedure in economia caratterizzate da un'ampia semplificazione e disciplinate dall'art. 125 codice.

A livello normativo, l'applicazione del nuovo soccorso istruttorio non risulta avere alcuna eccezione o limitazione essendo estesa a tutte le gare (concessioni, appalti di lavori, forniture e servizi) purché indette successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. 90/2014, ovvero dal 25 giugno 2014; si tratta di un principio in tema di procedure di affidamento e, in quanto tale, vincolante ai sensi dell'art. 125, comma 14 codice anche alle procedure in economia.

A diversa soluzione si potrebbe, eventualmente, giungere per la seconda questione relativa all'applicazione del sistema sanzionatorio con relativa richiesta di garanzia provvisoria considerato che quest'ultima – ai sensi dell'art. 334 d.P.R. 207/2010 – non è obbligatoria per le procedure di cottimo fiduciario <sup>(1)</sup> e che la previsione della sanzione pecuniaria potrebbe rappresentare una disposizione e non un principio codicistico.

In verità, i due elementi (sanzione e garanzia provvisoria) non sono così strettamente legati tra loro. La cauzione provvisoria, infatti, costituisce garanzia del

(1) Si veda la recente pronuncia TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 gennaio 2015, n. 551.

(2) I bandi di abilitazione prevedono una sanzione pari ad euro 250,00.

(3) A tal proposito si rinvia al Comunicato del Presidente ANAC del 25 marzo 2015 avente ad oggetto "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

versamento della sanzione e non presupposto per la sua applicazione. Non a caso, infatti, la sanzione può essere comminata anche nell'ambito delle procedure (esempio procedure ristrette) nelle quali – almeno nella fase iniziale cd “prequalifica” – non è prevista la presentazione della garanzia provvisoria.

A tal proposito, è possibile – altresì – segnalare l'aggiornamento delle Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione approvato da Consip a novembre 2014: in particolare, l'art. 36 delle suddette Regole ha previsto limitatamente alla fase di abilitazione MePA che *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale che riguardi gli elementi e tutte le dichiarazioni di cui al comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti, nonché gli elementi e le dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, alle Regole e al (nдр singolo) Bando, comporterà – in luogo della sanzione del diniego/revoca/annullamento dell'Abilitazione – l'obbligo di pagamento, nei confronti della Consip S.p.A., da parte del Fornitore che vi ha dato causa, della sanzione pecuniaria nella misura fissata nell'apposito Bando di abilitazione (2). Inoltre, in tal caso la Consip assegnerà al fornitore un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni suddette, indicando-ne il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nel caso in cui il fornitore non produca quanto richiesto nel termine assegnato, la Consip procederà al diniego/revoca/annullamento dell'abilitazione. Si evidenzia, altresì, che in caso di plurime violazioni, si applicherà un'unica sanzione”*.

Si tratta di una misura organizzativa adottata dal gestore del sistema MePA non in fase di gara ma per la sola abilitazione, ovvero a monte di eventuali affidamenti da parte dei *buyer pubblici*, che spinge a ritenere – forse maggiormente in linea con le indicazioni fornite dalla Corte dei conti – che l'applicazione della sanzione pecuniaria introdotta nel nuovo art. 38 comma 2-bis del codice sia un obbligo non derogabile da parte delle stazioni appaltanti nonostante il potenziale conflitto con le norme di rango comunitario (direttiva 2014/24/UE art. 59 paragrafo 4) (3).

In tale contesto, tuttavia, risulta opportuno evidenziare – in modo particolare per le procedure in economia – la possibilità (da valutare attentamente sulla base delle caratteristiche della singola procedura) di non richiedere

nell'ambito delle RDO la presentazione di dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti di partecipazione da parte degli operatori economici, facendo ricorso a quelle già disponibili (e aggiornate almeno semestralmente) sulla piattaforma MePA.

Tale soluzione operativa – in linea con i nuovi manuali d'uso del Sistema di e-procurement di marzo 2015 – consente, infatti, un'elevata semplificazione della procedura di aggiudicazione (anche per gli operatori economici), ampliando il principio di dematerializzazione dei documenti di gara e riducendo, al tempo stesso, i tempi di affidamento.

A questo punto, rimane da chiarire con quali modalità la stazione appaltante possa procedere ad inoltrare le richieste di soccorso istruttorio, ovvero se sia possibile utilizzare il modulo “Comunicazioni” presente nell'ambito di ciascuna RDO MePA.

In tale contesto, risulta utile richiamare l'art. 22 delle Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione versione 2.0 novembre 2014, che per facilità di consultazione di seguito viene riportato:

#### Regole Sistema di e-procurement della pubblica amministrazione

##### Articolo 22 – Comunicazioni (estratto)

1. Ai fini dell'utilizzo del Sistema e per tutte le attività e le operazioni ivi compiute, il Fornitore elegge il proprio domicilio nel Sistema ovvero nell'Area Comunicazioni e nelle altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti, nonché presso gli altri recapiti da questo dichiarati, quali il numero di fax, l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata e la sede legale.
2. Tutte le comunicazioni effettuate dal Soggetto Aggiudicatore e dal Fornitore quali, a titolo esemplificativo, eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, dovranno di regola essere effettuate utilizzando il Sistema ovvero l'Area Comunicazioni e le altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti. (...)
3. Consip S.p.A. utilizza di regola l'Area Comunicazioni e le altre sezioni informative del Sistema per inviare e ricevere le comunicazioni con il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore inerenti gli Strumenti di Acquisto per i quali il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore sono abilitati o registrati. Laddove il Soggetto Aggiudicatore o Consip lo ritengano necessario (come ad esempio nel caso delle comunicazioni di cui all'art. 79, comma 5 del d.lgs. 163/2006) od opportuno, le comunicazioni di cui al comma 2, potranno essere inviate al Fornitore presso altri recapiti da questo dichiarati, quali il numero di fax, l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata e la sede legale. Sono fatte salve specifiche prescrizioni eventualmente previste dai Soggetti Aggiudicatori nella documentazione di gara.
4. In caso di malfunzionamento del Sistema o comunque di oggettiva impossibilità, anche temporanea, di utilizzare l'Area Comunicazioni o le apposite sezioni informative per l'invio delle comunicazioni, le comunicazioni potranno essere inviate attraverso gli altri recapiti indicati dal Fornitore, dai Soggetti Aggiudicatori e da Consip S.p.A. quali il numero di fax, la casella di Posta Elettronica Certificata e la sede legale.

5. Il Fornitore si impegna ad accedere, verificare e tenere sotto controllo in maniera continuativa e sollecita, e comunque tutte le volte che si renderà necessario in funzione della propria partecipazione al Sistema, l'Area Comunicazioni e tutte le sezioni informative del proprio Account, il numero di fax e la casella di Posta Elettronica Certificata da questo indicata, così come ogni altra area eventualmente indicata da Consip S.p.A. all'interno del Sito. (...)

6. Qualsiasi comunicazione inviata dal Fornitore nell'ambito del Sistema di e- Procurement si avrà per eseguita nel momento in cui perverrà nell'Area Comunicazioni del destinatario o all'indirizzo di Posta Elettronica Certificata indicato da Consip S.p.A. o dal Soggetto Aggiudicatore precedente. (...)

Dalla lettura del citato art. 22, emerge chiaramente che l'utilizzo della Piattaforma Consip rappresenta il canale ordinario di comunicazione tra Stazione Appaltante e operatori economici, utilizzabile quindi anche per l'in-

vio delle richieste relative al nuovo soccorso istruttorio. Tale modulo, infatti, ideato per la gestione dei chiarimenti in fase di pubblicazione della RDO, ben può essere utilizzato anche durante il procedimento di aggiudicazione dell'affidamento consentendo di poter scambiare richieste/informazioni/documenti con gli operatori economici interessati.

Infatti, a seguito di richiesta integrativa, l'operatore economico interessato ha la possibilità di poter inviare telematicamente alla stazione appaltante uno o più file (relativi a dichiarazioni o documenti mancanti) utilizzando sempre la piattaforma MePA che – ai sensi dell'art. 289 del d.P.R. 207/2010 – garantirà tra l'altro l'inalterabilità e il corretto ingresso degli stessi nell'ambito della procedura di gara.