

**PON 2007-2013**  
**“Competenze per lo sviluppo” (FSE)**  
**Asse II – Capacità istituzionale Obiettivo H**



**Sviluppo delle competenze dei dirigenti scolastici e dei DSGA  
nella programmazione e gestione di attività e progetti.  
Formazione e social networking.**

**H-2-FSE-2011-1**

**Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni  
dell'artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, d.lgs.  
12 aprile 2006, n. 163 (ulteriori chiarimenti in  
merito all'istituto del soccorso istruttorio.)**

25/03/2015

## Autorità Nazionale Anticorruzione

### Il Presidente

#### Comunicato del Presidente del 25 marzo 2015

**Oggetto:** *criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'adunanza dell'11 e 12 marzo 2015, ha approvato la risposta ad una serie di quesiti presentati dal Ministero dell'Interno in ordine all'applicazione degli artt. 38, comma 2- bis, e 46, comma 1- ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti).

La prima questione riguarda l'applicabilità del citato comma 2-bis anche alle procedure ristrette, nelle quali la cauzione provvisoria non viene presentata unitamente alla richiesta di invito, ma solo successivamente insieme all'offerta. Sul punto è stato osservato che l'Autorità con determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 ha già sottolineato come la cauzione provvisoria costituisca garanzia del versamento della sanzione e non presupposto per la sua applicazione. La disciplina di cui al citato comma 2-bis ha portata generale e, pertanto, la sanzione di cui all'art. 38, comma 2-bis può essere comminata anche nelle procedure ristrette (cfr. determinazione 1/2015, p. 9).

In relazione alla seconda questione, concernente la compatibilità dell'art. 38, comma 2-bis, con l'art. 12 d.lgs. 209/2005 (che vieta le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative) e con l'art. 75, comma 1, del Codice dei contratti, il quale stabilisce che nelle procedure ad evidenza pubblica la garanzia a corredo dell'offerta può essere rilasciata anche sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa, è stato evidenziato come il divieto di cui all'art. 12 cit. non incide sulla disciplina del nuovo soccorso istruttorio.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono, infatti, che la causa della polizza fideiussoria sia quella di garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui (propria del contratto di fideiussione) e non di traslare il rischio di un avvenimento futuro ed incerto dal contraente all'assicuratore (proprio del contratto di assicurazione).

Secondo l'orientamento della Cassazione a Sezioni Unite, «pur essendo prestata spesso da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza non consiste nel trasferimento o nella copertura di un rischio - che assume un rilievo assai marginale, essendo la prestazione del garante svincolata da un preciso ed obiettivo accertamento del suo presupposto (il quale è demandato allo stesso beneficiario) - ma in quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente, anche quando l'inadempimento sia dovuto a volontà dello stesso e questi sia solvibile...» (Cass. Sez. Un. 18.2.2010, n.3947).

Alla luce di ciò si è, quindi, concluso che la polizza fideiussoria rientra nell'ambito dei contratti (autonomi) di garanzia, mentre quello di assicurazione rientra nell'ambito dei contratti aleatori e che, pertanto, la diversa tipologia dei negozi giuridici contemplati rispettivamente dagli artt. 12 d.lgs. 209/2005 e 75 d.lgs. 106/2006 sia di per sé sufficiente a fugare i dubbi su ipotetiche

violazioni del divieto posto dal Codice delle assicurazioni.

Con la terza questione, è stato affrontato il tema del giusto raccordo tra l'affermazione contenuta nella determinazione n. 1/2015, secondo cui "la sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio" e la lettera dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 163/2006, laddove questo prevede che l'operatore economico "è obbligato" al pagamento della sanzione.

Al riguardo la lettura fornita dall'Autorità nella citata Determinazione n. 1/2015 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. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, infatti, prevede all'art. 59, paragrafo 4, secondo capoverso, la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione.

È stato chiesto, infine, un approfondimento relativo alla partecipazione di un costituendo RTI ad una procedura ristretta sia con riferimento all'escussione della cauzione provvisoria ex art. 38, comma 2-bis, del Codice dei contratti, sia con riferimento alle conseguenze della mancata regolarizzazione e/o integrazione da parte di uno dei componenti.

Sotto il primo profilo si è rilevato che se la cauzione è presentata in forma di fideiussione, quest'ultima dovrà essere intestata, e, quindi, sottoscritta da ogni membro del costituendo raggruppamento, in qualità di contraente, in tal modo la stessa verrà a garantire la stazione appaltante per l'eventuale inadempimento posto in essere da uno qualsiasi dei contraenti (cfr. ANAC, Schema di disciplinare di gara, Bando tipo n. 2 del 2 settembre 2014, punto 11.3.7). Ne deriva allora che nell'ipotesi in cui la stazione appaltante disponga l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla gara, il singolo membro del raggruppamento dovrà procedere alla predetta integrazione o regolarizzazione "per quanto di competenza" ed il pagamento della sanzione pecuniaria potrà avvenire o tramite corresponsione diretta della sanzione o tramite escussione parziale della cauzione, che dovrà, però, essere reintegrata tempestivamente, pena l'esclusione dell'intero RTI costituendo (cfr. determinazione n.1/2015, pag. 9).

Sotto il secondo profilo, si è osservato che in caso di mancata regolarizzazione la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara (cfr. determinazione n.1/2015 pag. 8) e, quindi, di tutto il costituendo RTI, che rappresenta un unico concorrente, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento sia imputabile alla mandataria o ad una delle mandanti, non essendo consentito alla stazione appaltante ammettere al prosieguo della gara la sola mandataria nella veste di nuovo soggetto partecipante singolarmente o in raggruppamento con diverso operatore economico. Difatti, come sottolineato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 4.5.2012, n. 8, «il codice degli appalti indica i casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva del RTI, già aggiudicatario, sempre in caso di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario (art. 37, comma 18 e 19). Secondo un'interpretazione restrittiva se ne desume il

divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione al RTI, al di fuori dei casi consentiti. (...)». Tuttavia la citata pronuncia ammette la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo purché avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

***Raffaele Cantone***