DELIBERA N. 991

18 novembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Lauro – Lavori di sistemazione e riqualificazione del cimitero comunale e realizzazione di nuovi loculi. Stralcio funzionale – Importo a base di gara: euro 228.871,08 – S.A.: Comune di Lauro

PREC 221/2020/L

Riferimenti normativi

Articolo 89, comma 3, d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Ausiliaria; sostituzione

Massima

Impresa ausiliaria colpita da interdittiva antimafia– Sostituzione – Ammissibilità

Nell'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria sia colpita da un'interdittiva antimafia anteriormente alla stipula del contratto d'appalto, la Stazione appaltante ne deve imporre la sostituzione all'impresa concorrente, fermo restando l'obbligo di procedere ai doverosi controlli sul possesso dei requisiti generali e speciali in capo alla nuova impresa designata ausiliaria.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 novembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 77662 del 20 ottobre 2020, integrata con nota prot. 80576 del 28 ottobre 2020, con il Comune di Lauro ha chiesto all'Autorità un parere in merito alla procedura di gara in oggetto;

VISTO che la Stazione appaltante ha rappresentato che a seguito dell'aggiudicazione dei lavori in oggetto in favore della _____OMISSIS_____., l'impresa ausiliaria indicata in fase di partecipazione, _____OMISSIS_____, è stata raggiunta da un'interdittiva antimafia e di aver, pertanto, proceduto alla revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, riservandosi di adottare, successivamente, ulteriori provvedimenti; la _____OMISSIS_____. trasmetteva, nel frattempo, la documentazione per la sostituzione dell'originaria impresa ausiliaria, individuando come nuova impresa la _____OMISSIS_____;

RILEVATO che, in tale contesto, la Stazione appaltante domanda se sia legittimo consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 81231 del 30 ottobre 2020 e le memorie pervenute;

VISTO l'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per cui: "*La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione*";

CONSIDERATO che la disposizione in esame costituisce una novità del nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016 che recepisce la previsione di cui all'art. 63 dir. 24/2014/UE per cui: "*L'amministratore aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione*" con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione di cui all'art. 80; sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, invero, la sostituzione era consentita solo nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ed esclusivamente nella fase esecutiva (così Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169). L'art. 89, comma 3, cit., viceversa, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito "istituto del tutto innovativo" da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, dove era stato posto il problema dell'immediata applicabilità dell'art. 63 cit. prima del suo recepimento da parte dell'ordinamento nazionale, nonché da Corte di Giustizia dell'Unione europea in C-223/16 del 14 settembre 2017 causa Casertana costruzioni s.r.l. dove era stata sottoposta la medesima questione);

CONSIDERATO che la sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e,

in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso (cfr.: Consiglio di Stato sez. V, 2527/2018; 69/2019; 1101/2018; TAR Salerno sent. n. 2272/2019; TAR Lazio n. 10763/2017; sul tema cfr. anche Delibera ANAC n. 337 del 10 aprile 2019);

RILEVATO che a mente dell'art. 89, comma 3, del Codice la sostituzione dell'impresa ausiliaria deve essere consentita in tutte le ipotesi in cui l'impresa non soddisfi un pertinente criterio di sostituzione ovvero quando sussista un pertinente motivo obbligatorio di esclusione (ad eccezione dei casi di falsa dichiarazione, non presente nella fattispecie in esame); tra i motivi obbligatori di esclusione (e, dunque, tra le ipotesi che consentono la sostituzione dell'ausiliaria) l'art. 80, comma 2, del d.lgs. 50 /2016 contempla la sussistenza di cause di decadenza, sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del d.lgs. 159/2011 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del Codice Antimafia;

CONSIDERATO, per completezza espositiva, che già nella vigenza del precedente Codice, la giurisprudenza aveva aderito ad una interpretazione estensiva dell'art. 95 del d.lgs. 159/2011 - che consente la sostituzione delle imprese diverse dalla mandataria colpita da un'interdittiva antimafia anteriormente alla stipula del contratto -, sostenendo che la norma, benché in parte derogatoria, non è a fattispecie esclusiva con la conseguenza che, individuatane la *ratio* e salvaguardato l'interesse sostanziale sotteso al principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente, ha ritenuto consentita, *a fortiori*, l'applicazione della previsione relativa alla sostituzione dell'impresa raggruppata, partner contrattuale pro quota della stazione appaltante, al caso della sostituzione dell'impresa ausiliaria, colpita da interdittiva antimafia che non è parte del contratto e presta solo una garanzia (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1883/2016);

RITENUTO, pertanto, che nell'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria sia colpita da un'interdittiva antimafia anteriormente alla stipula del contratto d'appalto, deve essere consentito all'operatore economico concorrente alla gara la sostituzione con altra impresa, fermo restando l'obbligo della Stazione appaltante di procedere ai doverosi controlli sul possesso dei requisiti generali e speciali in capo alla nuova impresa ausiliaria;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle motivazioni, conforme alla normativa di settore la sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

(*firmato digitalmente*)