



DELIBERA N. 794

14 ottobre 2020.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Celenza Valfortore – POR Puglia 2104-2020 - ASSE VI - Azione 6.4 - Sub-Azione 6.4.d - Intervento di "Completamento rete fognatura bianca in via Montebello, via Neviera e L.go Diaz e realizzazione di recapito finale località La Cupa" – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 610.300,00 – S.A.: Comune Celenza Valfortore (FG).

PREC 179/2020/S

Riferimenti normativi

Art. 80, commi 2 e 6 e art. 89, commi 1 e 3 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 95, comma 1 del d.lgs. n. 159/2011

Parole chiave

Informazione interdittiva antimafia – Avvalimento – Dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria – Esclusione automatica dell'impresa ausiliata

Massima

Informazione interdittiva antimafia – Avvalimento – Dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria – Esclusione automatica dell'impresa ausiliata – Informazione antimafia a carico dell'ausiliaria sopraggiunta dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto – Non configurabilità della falsa dichiarazione – Prevalenza del principio del *favor participationis*

L'obbligo dichiarativo, rispetto al quale dovrebbe essere valutata l'asserita dichiarazione mendace, sussiste con riferimento all'effettiva pre-esistenza di una comunicazione o di una informazione interdittiva al momento della presentazione della domanda di partecipazione e non pare invece potersi configurare relativamente alla presunzione di una eventuale imminente adozione di tale provvedimento da parte della Prefettura competente sulla base di elementi esclusivamente indiziari che soggiacciono a valutazioni ampiamente soggettive prive di valore probatorio. Né, per altro verso, pur volendosi spingere ad ammettere la possibilità di esigere la massima capacità di prevenzione e di controllo dei requisiti



dichiarati dall'impresa ausiliaria, potrebbe ragionevolmente richiedersi alla società ausiliata l'esercizio di poteri di verifica così approfonditi e specifici da rendere possibile l'accertamento dell'attendibilità delle credenziali della società ausiliaria al di là della documentazione da questa presentata formalmente in gara, così da renderla corresponsabile delle false attestazioni di quest'ultima

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 14 ottobre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0061684 del 12.8.2020, con la quale il Comune di Celenza Valfortore, in qualità di Ente committente, chiede all'Autorità parere in ordine alla legittimità dell'esclusione comminata all'operatore economico Monti Irpini Soc. Coop. Agricola Forestale, risultato inizialmente aggiudicatario della gara in oggetto, in quanto la ASMEL Consortile S.c.a.r.l., che si è occupata dell'espletamento della procedura di selezione in qualità di centrale di committenza, a seguito della verifica dei requisiti, trasmetteva al Comune stesso l'informazione interdittiva antimafia, ai sensi degli artt. 84, 89-bis e 91, comma 6 del d.lgs. n. 159/2011, emessa dalla Prefettura di Bologna in data 15/5/2020 per il Consorzio Stabile EBG Group, ausiliaria della società Monti Irpini per effetto di apposito contratto di avvalimento;

CONSIDERATO che il Comune istante *«ritiene non applicabile alla fattispecie in esame l'art. 89, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, ma, viceversa, l'impresa va esclusa ai sensi dell'art. 89, comma 1, quarto periodo ed art. 80, commi 2 e 6, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto l'impresa ausiliaria ha prodotto dichiarazioni non veritiere e per quanto riportato nell'informazione antimafia interdittiva della Prefettura di Bologna»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 7.9.2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che – contrariamente a quanto richiesto dal Comune istante – non si è ritenuto di procedere all'audizione delle parti interessate in quanto la documentazione e le informazioni acquisite già fornivano un quadro esaustivo e completo ai fini della ricostruzione della vicenda sottoposta a valutazione;

CONSIDERATO quanto previsto dall'art. 89, comma 1, quarto periodo del Codice appalti a mente del quale *«Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia»;*

CONSIDERATO che secondo l'art. 80, comma 2 *«Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159»*, e che il comma 6 del medesimo articolo prevede che *«Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della*



procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5»;

CONSIDERATO che l'art. 89, comma 3 – in modo apparentemente contraddittorio rispetto alle previsioni sopra richiamate – prevede che *«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. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici»;*

CONSIDERATO quanto previsto dall'art. 95, comma 1 del d.lgs. n. 159/2011 (recante "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136"), secondo cui *«Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto»;*

RILEVATO che nel caso in esame il Comune istante ritiene che l'impresa ausiliaria colpita da informazione interdittiva antimafia avrebbe reso in fase di gara false dichiarazioni poiché *«Il Rappresentante ed amministratore unico, unitamente al direttore tecnico, dell'impresa ausiliaria erano a conoscenza del procedimento in corso da parte della Prefettura di Bologna, ma non hanno dichiarato nulla in merito»* e atteso che tale ausiliaria *«risulta collegata in modo diretto e/o indiretto con altri operatori economici [...] alcuni dei quali interessati da informazione antimafia interdittiva ovvero da provvedimenti ostativi alla partecipazione a gare indette da PP.AA.»;*

CONSIDERATO che il provvedimento interdittivo in discussione risulta protocollato dalla Prefettura di Bologna in data 18.5.2020 (prot. interno n. 64563) e dunque è stato formalizzato in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (ovvero il 7.5.2020);

CONSIDERATO che il comma 2 dell'art. 80 prevede la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara la sussistenza, tra gli altri casi, di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del d.lgs. 159/2011;

RITENUTO, sulla base del dettato normativo, che l'obbligo dichiarativo, rispetto al quale dovrebbe essere valutata l'asserita dichiarazione mendace, sussiste con riferimento all'effettiva pre-esistenza di una comunicazione o di una informazione interdittiva al momento della presentazione della domanda di partecipazione e non pare invece potersi configurare relativamente alla sola presunzione – peraltro derivante da valutazioni di carattere del tutto soggettivo – di una sua imminente adozione da parte della Prefettura competente;

CONSIDERATO che nel caso in discussione il Comune istante, ai fini dell'adempimento degli obblighi dichiarativi relativamente al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80, ha invece di fatto equiparato l'effettiva esistenza di una interdittiva antimafia (di cui al comma 2 dell'art. 80) ad una serie di circostanze e di fatti, peraltro conosciuti solo *ex post* a seguito della lettura di tale interdittiva, relativi al



rappresentante legale e amministratore unico nonché al direttore tecnico (e ad altri soci, collaboratori e rispettivi conviventi e parenti) della società ausiliaria e potenzialmente compromettenti, quantomeno, la sua affidabilità e serietà, imputando a tali soggetti (e, conseguentemente, alla società Monti Irpini) la loro mancata esplicitazione nella documentazione prodotta per la partecipazione alla gara. Da ciò facendone discendere l'esclusione per falsa dichiarazione ai sensi del citato art. 80;

RITENUTO, tuttavia, nel merito, che gli elementi indiziari indicati dal Comune istante quale dimostrazione di conoscenza "certa" da parte del rappresentante legale e del direttore tecnico dell'impresa ausiliaria del procedimento in corso a carico della medesima società, diversamente da quanto affermato, non appaiono avere contenuto probatorio e, d'altra parte, ritenuto che sostenere l'esistenza di un obbligo dichiarativo di tali soggetti con riferimento anche all'ipotesi di conoscenza del semplice avvio del procedimento che avrebbe potuto condurre all'adozione di una informazione antimafia significherebbe anticipare la soglia di punibilità dei concorrenti ben oltre i pur rigorosi parametri dettati in materia di procedure ad evidenza pubblica che, com'è noto, prevedono la sanzione espulsiva automatica in quanto circostanza che rileva nella prospettiva dell'affidabilità del futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza degli episodi non dichiarati;

RILEVATO che la questione giuridica circa la facoltà di sostituzione dell'impresa ausiliaria nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci di quest'ultima in fase di gara è attualmente rimessa alla valutazione della Corte di Giustizia UE a seguito dell'ordinanza di rimessione da parte del Consiglio di Stato (sez. III, Ordinanza n. 2005 del 20.3.2020), atteso che per «*la normativa nazionale italiana, la dichiarazione non veritiera resa dal rappresentante legale dell'impresa ausiliaria in sede di gara comporta, quale conseguenza automatica, il dovere della stazione appaltante di escludere il concorrente ausiliato, senza possibilità di provvedere alla sostituzione dell'impresa*», ma che tuttavia «*Il raffronto tra le disposizioni nazionali in materia di avvalimento e il diritto dell'Unione europea induce a dubitare che l'art. 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici si ponga in contrasto con i principi e le regole di cui all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e risulti incompatibile con i principi concorrenziali di cui agli articoli 49 e 56 del TFUE*» e ciò essenzialmente perché «*È risaputa l'innovatività della direttiva sul punto, recepita nel nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016. [...] L'art. 89, comma 3, consente ora al concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche nell'ambito del rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto. Sotto questo duplice profilo, è stato definito 'istituto del tutto innovativo' da Cons. Stato, sez. III, n. 5359/2015 e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella decisione C-223/16 del 14 settembre 2017, Casertana costruzioni s.r.l. La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura - in deroga 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) - risponde all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, di stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, nn. 69/2019; 2527/2018; 1101/2018; T.A.R. Lazio, sez. III, n. 10763/2017)»;*

RITENUTO, nondimeno, che la questione controversa che ha originato i dubbi interpretativi del Consiglio di Stato appare sostanzialmente diversa da quella del caso in esame, atteso che – come già detto – non appare imputabile alla società ausiliaria né tantomeno alla ausiliata alcuna dichiarazione mendace tale da far scattare la sanzione dell'automatica esclusione dalla gara;

RITENUTO, in definitiva, applicabile al caso di specie – diversamente da quanto argomentato dal Comune – la previsione di cui all'art. 89, comma 3, che – come detto – impone alla Stazione appaltante di



consentire all'operatore economico ausiliato la sostituzione dell'impresa ausiliaria che non soddisfi "i pertinenti criteri di selezione" o per la quale si siano rivelati sussistenti "motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80" (ciò che, secondo parte della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del precedente Codice appalti, sarebbe stato ammissibile anche sulla base della semplice interpretazione estensiva della disposizione contenuta nell'art. 95 d.lgs. n. 195 del 2011 in quanto qualificata «*come norma in parte derogatoria, ma non a fattispecie esclusiva*», per la quale «*individuata la ratio, salvaguardato altresì l'interesse sostanziale sotteso al principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente, è 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*» – v. Consiglio di Stato, sez. V, 12.05.2016 n. 1883);

CONSIDERATO che il Consorzio Stabile EBG Group, ausiliaria della società Monti Irpini per effetto di apposito contratto di avvalimento, risulta essere destinataria di una informazione interdittiva antimafia di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 159/2011 e che ai sensi dell'art. 80, comma 2 del Codice appalti essa costituisce un motivo di esclusione dalle procedura di gara, e che conseguentemente, affinché ciò non comporti l'esclusione anche della società ausiliata Monti Irpini, è necessario che quest'ultima operi la sostituzione del Consorzio Stabile EBG Group con altra impresa in possesso di tutti i requisiti generali e speciali previsti dalle norme di legge e dalla *lex specialis*, ai sensi del già richiamato art. 89, comma 3 del Codice;

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- l'esclusione automatica dell'operatore economico Monti Irpini Soc. Coop. Agricola Forestale non sia conforme alle vigenti disposizioni normative in materia di requisiti generali e di avvalimento di cui, rispettivamente, agli artt. 80, comma 2 e 89, comma 3 del Codice appalti;
- la Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 89, comma 3, debba consentire la sostituzione del Consorzio Stabile EBG Group, ausiliaria della società Monti Irpini per effetto di apposito contratto di avvalimento, con altra impresa in possesso di tutti i requisiti generali e speciali previsti dalle norme di legge e dalla *lex specialis*, ai sensi del già richiamato art. 89, comma 3 del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente