



Oggetto

Procedura negoziata ex art. 50 del d.lgs. 36/2023 per l'affidamento dei lavori di ripristino di n. 45 alloggi, suddivisi in quattro lotti funzionali - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0105-2024-FC

FUNZ CONS 41/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 14 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 55406 e successiva nota del 7 luglio 2024, acquisita al prot. n. 78311, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 luglio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione istante comunica che uno dei concorrenti della gara indicata in oggetto, in sede di domanda di partecipazione, ha dichiarato di essere iscritto nella White list presso la competente Prefettura, nonché di voler subappaltare le lavorazioni di cui alla categoria prevalente OG1 nella percentuale massima. In occasione delle verifiche svolte su tali dichiarazioni, è stato accertato che l'impresa non era iscritta né aveva presentato istanza di iscrizione nelle citate white list (risultava iscritta un'impresa con medesima ragione sociale/denominazione ma con partita iva diversa). In esito a richiesta di chiarimenti della SA, il predetto operatore economico ha rappresentato di essere incorso in un mero errore, poiché in precedenza iscritto nella white list, senza tuttavia aver provveduto ad aggiornare i dati con correlata scadenza dell'iscrizione; lo stesso operatore economico ha inoltre evidenziato di voler subappaltare le lavorazioni di cui alla cat. OG1 (per le quali è obbligatoria l'iscrizione e/o la richiesta di iscrizione nelle white list) con la conseguenza che tali lavorazioni sarebbero state affidate in subappalto a soggetto iscritto nella white List.

Per quanto sopra, l'amministrazione richiedente ha chiesto all'Autorità di chiarire se la dichiarazione falsa o comunque erronea, non rientrando tra le cause di esclusione automatica di cui all'art. 94 del d.lgs. 36/2023, ma nelle cause di esclusione non automatica, configurando un illecito professionale, determini l'esclusione dell'impresa o se invece, essendo l'iscrizione e/o la richiesta di iscrizione in white list un requisito non essenziale (potendo le attività sensibili essere eseguite da subappaltatore in possesso di iscrizione o richiesta di iscrizione) ed avendo l'impresa rappresentato di aver commesso un mero errore, lo stesso possa essere considerato un falso innocuo, che come tale non determina l'esclusione dell'impresa risultata aggiudicataria. Chiede inoltre se non essendo

ancora intervenuta l'aggiudicazione, in caso di esclusione, la soglia di anomalia risulti cristallizzata o viceversa occorra procedere a ricalcolo della soglia di anomalia.

In relazione al quesito posto, sembra opportuno richiamare, in primo luogo, il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 17 gennaio 2023 (recante "*Chiarimenti concernenti l'iscrizione nelle c.d. white list istituite presso le prefetture territorialmente competenti qualora il bando di gara abbia ad oggetto attività solo parzialmente rientranti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa o connesse con l'oggetto dell'affidamento*"), nel quale, con riguardo alle previsioni dettate dall'articolo 1, comma 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190, è stato chiarito che il criterio utilizzato dal legislatore al fine di individuare i soggetti tenuti all'iscrizione alla c.d. white list attiene alla tipologia di attività esercitata. Ed infatti, il comma 52 dell'articolo 1 della legge n. 190 del 2012, si riferisce alle "attività imprenditoriali" maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa, le quali attività sono poi elencate al comma 53.

Al riguardo, è stato quindi evidenziato (tra l'altro) che «se il bando di gara preveda quale attività oggetto della procedura di affidamento delle attività anche solo parzialmente riconducibili a quelle elencate all'interno del comma 53 dell'articolo 1 legge n. 190 del 2012, l'operatore economico è tenuto a richiedere l'iscrizione alle white list della prefettura territorialmente competente e la stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa che vi partecipi e che dichiari di eseguirle risulti iscritta all'interno del suddetto elenco. Allo stesso esito si deve pervenire qualora le attività annoverate dal comma 53 dell'articolo 1 legge n. 190 del 2012 siano strumentali, accessorie o connesse alla prestazione oggetto dell'affidamento».

Per quanto sopra, è stato quindi ribadito che «il requisito dell'iscrizione alle white list istituite presso le prefetture competenti territorialmente, in quanto requisito di ordine generale attinente alla moralità professionale, deve essere posseduto al momento della partecipazione alla procedura di gara, con la conseguenza che la mancata iscrizione (o la mancata dichiarazione di aver presentato idonea domanda di iscrizione nel predetto elenco) determina l'inammissibilità dell'impresa e la sua esclusione dalla gara. [...]. Si fa presente che l'iscrizione alla white list dovrà essere posseduta soltanto *dal soggetto che effettivamente andrà a svolgere la prestazione* rientrante all'interno dell'elenco di cui all'articolo 1, comma 53, il quale potrà essere, *in base al caso concreto, l'appaltatore, un'impresa del raggruppamento temporaneo verticale, il subappaltatore o il subaffidatario*. In caso di raggruppamento temporaneo di imprese orizzontale, il requisito dell'iscrizione all'elenco in parola deve essere posseduto da tutti i componenti del raggruppamento».

Pertanto, come ulteriormente chiarito dall'Autorità «Qualora il bando di gara individui delle lavorazioni riconducibili all'elenco di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, il concorrente che dichiari di eseguirle in proprio è tenuto a possedere, all'atto della partecipazione alla gara, l'iscrizione nelle white list della Prefettura territorialmente competente. Nel caso in cui le suddette lavorazioni siano affidate in subappalto o costituiscano oggetto di una subfornitura, è il subappaltatore o il subfornitore a dover risultare iscritto nelle white list della Prefettura territorialmente competente» (delibera n. 29/2024-UPREC-PRE0805-2023-L -FASC. 5547/2023).

Con riguardo al quesito posto, riferito ad un caso in cui le lavorazioni rientranti nelle previsioni del citato articolo 1, comma 53, secondo quanto riferito nell'istanza, devono essere realizzate dal subappaltatore sulla base di quanto dichiarato in gara dal concorrente, il requisito dell'iscrizione nella white list della competente Prefettura, deve essere posseduto dall'impresa subappaltatrice, nei termini indicati nelle pronunce dell'Autorità sopra richiamate.

Occorre aggiungere a quanto sopra, che il diverso profilo riferito alle dichiarazioni rese dal concorrente in gara, in ordine all'iscrizione nelle white list, rivela che, se non veritiere, deve in ogni caso essere ricondotto nelle previsioni dettate dal d.lgs. 36/2023, in materia grave illecito professionale.

Si rappresenta al riguardo, che l'Autorità, già con delibera n. 397/2023 (AG4-2023), ha illustrato la disciplina delle cause di esclusione introdotta dal d.lgs. 36/2023, soffermandosi proprio sulla fattispecie del grave illecito professionale.

Come chiarito in tale pronuncia, l'articolo 95 del nuovo Codice disciplina le *"cause di esclusione non automatica"* dalle gare d'appalto, *in relazione alle quali è rimesso alla stazione appaltante il potere decisorio di esclusione dell'operatore economico.*

Tra queste, il comma 1, lett. e), include la fattispecie del c.d. "grave illecito professionale", già prevista dall'articolo 80, comma 5, lett. c) del vigente d.lgs. n. 50/2016, che viene ora disciplinata nella specifica disposizione dell'articolo 98 cui rinvia la norma.

Per quanto di interesse ai fini del parere, il citato art. 95, comma 1, lett. e) stabilisce espressamente che «La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: [...] e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi».

Tra le fattispecie rilevanti per la sussistenza del grave illecito professionale rientra, ai sensi dell'articolo 98, comma 3, lett. b) del Codice, la «condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio *oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*».

Il comma 5 dell'art. 98 aggiunge che «*Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3*».

Pertanto, nell'ambito della causa di esclusione costituente grave illecito professionale, ai sensi dei commi 3 e 5 dell'art. 98 del Codice, rientra anche la condotta del concorrente che abbia fornito in gara dichiarazioni/informazioni non veritiere.

Si evidenzia, inoltre, al riguardo, che ai sensi dell'art. 96, comma 15, del d.lgs. 36/2023 «*In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave tenuto conto della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettera e), per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia*»

Come ulteriormente chiarito dall'Autorità nella pronuncia sopra citata, l'art. 98, comma 2 del Codice elenca le condizioni indispensabili perché possa essere disposta, da parte della stazione appaltante, l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle condizioni medesime, mentre il comma 3 individua gli elementi dai quali desumere il grave illecito professionale, provvedendo alla relativa elencazione che, secondo la disposizione dell'art. 95, comma 1, lett. e) deve ritenersi tassativa.

I commi 4 e 5 specificano invece gli elementi che la stazione appaltante è tenuta a valutare in ordine alla gravità dei fatti elencati al comma 3, mentre i commi successivi della disposizione in esame, indicano i mezzi di prova che la stazione appaltante può utilizzare per comprovare la sussistenza di un illecito professionale grave (comma 6) e disciplinano la portata dell'obbligo motivazionale (commi 7 e 8).

Dalle disposizioni sopra richiamate, deriva quindi, con ogni evidenza, che la valutazione in ordine alla qualificabilità della fattispecie oggetto del quesito – riferita ad un concorrente che ha fornito in gara dichiarazioni non veritiere (nei termini indicati nell'istanza) - come grave illecito professionale ai sensi delle disposizioni del Codice sopra richiamate, è un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante, alla quale è rimessa ogni decisione in ordine all'eventuale esclusione dalla gara d'appalto dell'operatore economico interessato, all'esito del procedimento valutativo previsto dalle norme sopra richiamate (delibera n. 397/2023 cit.).

In via generale, infatti, «La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 [oggi sostituito dall'art. 98 del d.lgs. 36/2023]; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico» (Cons. di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020 n. 16; delibera n. 148/2024- UPREC-PRE0032-2024-S (FASC. 1028/2024).

Quanto infine, all'ultimo quesito relativo all'invarianza della soglia di anomalia, si osserva che ai sensi dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 36/2023 «Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara».

La norma, in sostanziale continuità con la regola già fissata dall'articolo 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016, «prevede che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara» (Relazione Illustrativa del Codice).

Come osservato dal più recente orientamento giurisprudenziale sul tema, «l'irrelevanza delle modifiche successive è stata nel nuovo codice riferita *expressis verbis* all'aggiudicazione definitiva, in continuità peraltro con l'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia, secondo il quale con il principio di invarianza della soglia di anomalia, la legge intende evitare la retrocessione della procedura di gara fino alla (ri)determinazione della soglia di anomalia delle offerte (ossia della soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala), quando, già intervenuta l'aggiudicazione del contratto, sia disposta, anche in via giudiziaria, l'esclusione dell'aggiudicatario (o di altro concorrente) per carenza dei requisiti di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2019, n. 572). Si è chiarito, infatti, che la "fase di ammissione,

regolarizzazione o esclusione delle offerte” a conclusione della quale, ai sensi dell’art. 95, comma 15, citato, non è più consentita la modifica della soglia di anomalia in via di intervento da parte della stessa stazione appaltante è *delimitata, dal punto di vista temporale e procedimentale, dal provvedimento di aggiudicazione*; l’adozione del provvedimento di aggiudicazione costituisce il termine ultimo entro il quale l’intervento in autotutela della stazione appaltante può comportare variazioni rilevanti per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte» (Cons. di Stato 13 giugno 2024, n. 5319).

Pertanto, con riguardo al quesito posto, può affermarsi che l’operatività della norma *de qua* è limitata al momento successivo al provvedimento di aggiudicazione della gara, nei termini indicati dal giudice amministrativo.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell’indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente