



# DELIBERA N. 25

17 gennaio 2023.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Costituendo raggruppamento [ OMISSIS]- Procedura aperta - appalto misto per l'affidamento dei servizi di smaltimento rifiuti derivanti dal decommissioning dell'area nord e dei lavori di demolizione delle strutture della zona monte nell'area dell'ex stabilimento "Stoppani" sito nel Comune di Cogoleto (GE) - CIG: 93573991f0 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 10.281.499,44 - SA: SOGESID spa

**PREC 175/2022/SL-PB (ex PREC-DIR 74/2022/SL)**

## Riferimenti normativi

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 1, comma 52, l. n. 190/2012

DPCM 18 aprile 2013

## Parole chiave

**Requisiti di partecipazione – Iscrizione alla white list –Requisito generale – Esclusione - Soccorso istruttorio**

## Massima

**Appalto pubblico - Requisiti di partecipazione – Iscrizione alla white list – Mancato possesso di un requisito generale – Esclusione - Soccorso istruttorio – Inammissibilità**

L'iscrizione alla white list è un requisito obbligatorio per la partecipazione alle gare e l'affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa. La mancata iscrizione alla white list per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'articolo 1, comma 53 della legge n.190/2012 determina "a monte" l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione. Tale mancato possesso non è sanabile mediante soccorso istruttorio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 gennaio 2023

## DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 98589 del 25 novembre 2022, presentata da Costituendo raggruppamento [OMISSIS]relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante censurava il provvedimento di esclusione del raggruppamento, comunicato in data 11 novembre 2022 ed adottato in quanto la [ OMISSIS] non aveva presentato dichiarazione di interesse alla permanenza nella c.d. white list, sostenendone l'illegittimità per mancata concessione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante;



CONSIDERATO che l'istante, in particolare, rappresentava che di aver richiesto nell'anno 2018 alla Prefettura di Bergamo l'iscrizione nella c.d. white list e che «*la Prefettura non ha completato il procedimento entro il termine di 90 giorni di legge e ha comunicato l'iscrizione solo nel successivo mese di marzo 2021. Il provvedimento della Prefettura, peraltro, prevedeva l'iscrizione con efficacia solo fino al successivo ottobre 2021, senza apparente base normativa. La [ OMISIS ] ha ritenuto in buona fede che l'efficacia della iscrizione fosse quantomeno pari al tempo impiegato dalla Prefettura per la prima iscrizione, dato che: i) si riponeva affidamento nella congruità e legalità dei tempi dell'attività amministrativa, che si presupponevano coincidenti con quelli di efficacia dell'iscrizione; ii) la [ OMISIS ] aveva ottenuto nel frattempo il c.d. "rating di legalità"; iii) la [ OMISIS ] era ed è comunque soggetto sottratto a qualsiasi infiltrazione mafiosa, come risulta dalla consultazione della prevista Banca dati unica nazionale»;*

VISTO il provvedimento di esclusione e la motivazione ivi riportata secondo cui «*in merito alla documentazione amministrativa prodotta si è riscontrato che, relativamente all'iscrizione nella white list la mandataria [ OMISIS ] ha allegato una richiesta del 8/8/2018 inoltrata alla Prefettura di Bergamo. Il sottoscritto Responsabile del procedimento ha effettuato una verifica sul sito della Prefettura di Bergamo dal quale è emerso che la predetta Società non risulta né nell'elenco degli iscritti alla white list (aggiornato all'11/10/2022) né nell'elenco di richiedenti l'iscrizione (aggiornato al 11/10/2022)»;*

VISTA la documentazione di gara e in particolare l'articolo 8.1 "Requisiti generali e cause di esclusione" secondo cui: «*Gli operatori economici devono essere in possesso, alla data fissata quale termine per la presentazione dell'offerta, dei seguenti requisiti:[...] (per la sola prestazione principale) iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede oppure devono aver presentato domanda di iscrizione al predetto elenco, da allegare in copia»;*

VISTO l'articolo 22 del disciplinare di gara "Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto" secondo cui «*Laddove l'aggiudicatario sia in possesso della sola domanda di iscrizione all'elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. white list) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, la stazione appaltante consulta la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia immettendo i dati relativi si riserva di sospendere o annullare in qualsiasi momento in base a valutazioni di propria ed esclusiva pertinenza. Agli offerenti, in caso di sospensione o annullamento della procedura, non spetterà alcun risarcimento o indennizzo, né rimborso spese»;*

CONSIDERATO che la procedura veniva indetta il 5 agosto 2022 con termine di presentazione delle offerte al 20 settembre 2022

VISTO il provvedimento di iscrizione prodotto in atti riportante la dicitura: «*ai sensi dell'art. 5, comma 1, D.P.C.M. 18 aprile 2013, la società [ OMISIS ] S.r.l. [...] permane iscritta nell'elenco c.d. white list dei fornitori, dei prestatori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa per questa Prefettura, nella/e sezione/i corrispondente/i alla /e tipologia/e attività richiesta/e e specificatamente in premessa indicata/e. Sarà cura del rappresentante della società, ove ne abbia interesse, comunicare entro un mese dalla scadenza 11/10/2021 la volontà di continuare ad essere iscritto nell'elenco, ai sensi dell'art. 5 del D.P.C.M. 18 aprile 2012»;*

VISTA la nuova domanda di inserimento nella white list datata 23 novembre 2022 e il rating di legalità prodotti in atti;



VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 2 dicembre 2022 con nota prot. n. 101062;

VISTE le memorie depositate in atti dalle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante che, nel confermare la legittimità della propria scelta di non concedere il soccorso istruttorio richiesto e di deliberare l'esclusione del concorrente, evidenziava che, trattandosi di un appalto prevedente quali attività principali quelle di smaltimento rifiuti, ricomprese nell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2011, in quanto connotate da elevato rischio di infiltrazione mafiosa, tra i requisiti di partecipazione era richiesto il possesso dell'iscrizione nella cosiddetta white list o la presentazione della relativa domanda di iscrizione e che, ad esito dell'esame delle offerte svolto ex articolo 19 del Disciplinare, applicando il criterio dell'inversione procedimentale di cui all'articolo 133, comma 8, del d.lgs. 50/2016, la migliore offerta risultava quella del costituendo RTI composto da RICCOBONI S.p.a. (mandataria) e FURIA S.r.l. (mandante), mentre il Raggruppamento con a capo [ OMISSIS] S.r.l. si classificava al secondo posto in graduatoria. L'amministrazione rappresentava altresì che ad esito dell'esame della documentazione amministrativa dei primi due classificati, risultava che «*la [ OMISSIS] (mandataria del RTI arrivato secondo) si era limitata ad allegare alla propria domanda di partecipazione una richiesta di iscrizione alla white list, inoltrata alla Prefettura di Bergamo nel lontano 2018. Ritenendo tale documentazione inidonea ad integrare il requisito richiesto dall'art. 8.1, comma 1, terzo punto del Disciplinare, il RUP effettuava una verifica sul sito della Prefettura di Bergamo dalla quale emergeva l'assenza dell'impresa sia dall'elenco degli iscritti alla white list, che da quello dei richiedenti l'iscrizione*» e si procedeva alla relativa esclusione dalla procedura del concorrente; provvedimento nei confronti del quale l'odierno istante aveva presentata anche richiesta di soccorso istruttorio all'amministrazione, non concesso. Infine, la stazione appaltante esplicitava come, a conferma della mancanza del requisito in capo alla [ OMISSIS] s.r.l., la stessa «*trasmetteva una nuova domanda di inserimento nella white list datata 23 novembre 2022 e, dunque, successiva sia alla scadenza del termine di partecipazione, che all'intervenuta esclusione, pretendendo, anche in considerazione dell'ottenimento del cd. rating di legalità, che fosse assegnata rilevanza sanante a tale istanza postuma*»;

VISTA la memoria del controinteressato volta a sostenere la legittimità dell'operato della stazione appaltante;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del citato Regolamento di Precontenzioso;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente privo del requisito di iscrizione alla white list;

CONSIDERATO che dall'esame della normativa di riferimento emerge come il criterio prescelto dal legislatore per l'individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione alle white list sia quello della tipologia di attività esercitata. L'articolo 1, comma 52, della legge n. 190/2012 stabilisce, infatti, che «Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria [...] è obbligatoriamente acquisita [...] attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa». Il successivo comma 53 contiene l'elenco delle attività maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa e il comma 54 indica le modalità per l'aggiornamento dell'elenco. Le suddette disposizioni non operano alcun distinguo tra le attività principali e le attività secondarie o accessorie svolte dalle imprese



né istituiscono un regime differenziato in ragione della natura dell'impresa o della tipologia di utenza che beneficia dell'attività; prevedono, piuttosto, che laddove l'operatore economico operi in uno dei settori ritenuti particolarmente sensibili, sia tenuto a richiedere l'iscrizione alle white list della Prefettura territorialmente competente (ovvero quella del luogo ove ha sede legale l'impresa). Per la medesima ragione, quando il bando di gara preveda l'esecuzione di servizi, anche solo parzialmente rientranti nell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012, la Stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa che vi partecipa e che dichiara di eseguirla risulti iscritta alle white list. La giurisprudenza ha infatti osservato come «la mancata iscrizione alla white list per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'articolo 1, comma 53 della legge n.190/2012 determina "a monte" l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione» (cfr. in tal senso, da ultimo, ANAC delibere n. 127 del 16 marzo 2022 e n. 43 del 2 febbraio 2022; TAR Piemonte, 4 gennaio 2019, n. 19);

CONSIDERATO altresì che, ai sensi dell'articolo 1, comma 52, della legge n. 190/2012 e secondo quanto indicato dalla circolare del Ministero dell'Interno prot. 25954 del 23 marzo 2016 e dal DPCM 18 aprile 2013, come aggiornato dal DPCM 24 novembre 2016, l'iscrizione alla white list è un requisito obbligatorio per la partecipazione alle gare e l'affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa (cfr. da ultimo ANAC delibere n. 127 del 16 marzo 2022; n. 43 del 2 febbraio 2022; n. 683 del 29 luglio 2020);

VISTO il Bando tipo n. 1/2021 "*Schema di disciplinare di gara- Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*" (Aggiornato al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità, del 7 dicembre 2021 e al decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022; approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 332 del 20 luglio 2022) che, al punto 5 – Requisiti generali, sancisce «[Eventuale in caso di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'articolo 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190, inserire la seguente prescrizione] Gli operatori economici devono possedere, pena l'esclusione dalla gara, l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede oppure devono aver presentato domanda di iscrizione al predetto elenco»;

RICONOSCIUTA dunque al requisito di iscrizione alla white list la natura di requisito di ordine generale attinente alla moralità professionale dell'impresa, il cui possesso deve risultare già all'atto della partecipazione alla procedura di gara, la mancata iscrizione alla white list per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'articolo 1, comma 53 della legge n. 190/2012, determina a monte l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione, per incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (cfr. TAR Piemonte, 4 gennaio 2019, n. 19; ANAC, *ex multis*, delibere n. 127 del 16 marzo 2022; n. 43 del 2 febbraio 2022; n. 683 29 luglio 2020; n. 465 del 27 maggio 2020; n. 48 del 29 maggio 2019; n. 129 del 12 dicembre 2017; n. 1071 e n. 1072 del 14 novembre 2018);

RISCONTRATO che il consolidato orientamento ermeneutico in materia di soccorso istruttorio ritiene che l'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 rende doverosa l'attivazione del procedimento di soccorso in caso di i) carenza di qualsiasi "elemento formale della domanda", ii) mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali "degli elementi e del documento di gara unico europeo", il meccanismo del soccorso istruttorio è utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione



di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. L'istituto rende quindi possibile la sanatoria delle dichiarazioni riguardanti il possesso dei requisiti, purché l'operatore economico sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione delle offerte, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara (ANAC, cfr. parere n. 830 del 18 settembre 2019);

RILEVATO quanto sancito dal menzionato Bando tipo n. 1/2021 in materia di soccorso istruttorio secondo cui: «L'irregolarità essenziale, pertanto, è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito, della condizione, o dell'elemento a corredo alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata; e la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti. Il mancato possesso dei prescritti requisiti (condizioni o elementi) non è, infatti, mai sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara» (cfr. Consiglio di Stato, 2 marzo 2017, n. 975);

RILEVATO pertanto che in ragione del dettato normativo, l'Autorità ha evidenziato, da una parte, che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016; dall'altra parte, l'Autorità ha richiamato il principio secondo cui «l'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata», ritenendo ammissibile la successiva correzione o integrazione documentale soltanto «laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta». L'Autorità ha sostenuto, tra le altre, la regola secondo cui «il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara» (cfr. ANAC, Bando tipo n. 1/2021, citato; *ex multis*, ANAC, delibera n. 1137 del 22 dicembre 2020);

CONSIDERATO altresì che il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso) l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al bando" (*ex multis*, Consiglio di Stato, III, 28 novembre 2018, n. 6752; III, 4 gennaio 2019, n. 96; V, 22 novembre 2019, n. 7975). In altri termini, il soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso". In questo caso, evidentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un *vulnus* del principio di parità di trattamento (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2022 n. 10325);

RILEVATO che, nel caso di specie, l'operatore economico ha prodotto una documentazione di iscrizione alla white list con scadenza, riportata nel documento, all'11 ottobre 2021 e non ha provveduto



tempestivamente alla richiesta di prosecuzione di iscrizione avendo piuttosto proceduto alla presentazione di tale istanza solo in data 23 novembre 2022: in ragione di tali circostanze al momento della presentazione delle offerte la [ OMISSIS] S.r.l. non risultava in possesso del requisito in questione, con conseguente legittimità del provvedimento di esclusione e della scelta dell'amministrazione di non concedere il soccorso istruttorio;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione adottato sia conforme alla normativa e ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente