



DELIBERA N. 43

2 febbraio 2022

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Matarrese S.r.l. – Rete di acquedotti minori nel comprensorio del Consorzio di bonifica montana del Gargano con l'utilizzo di risorse idriche locali. Schema Sud 2° Lotto-Ulteriore estendimento - Importo a base di gara: 9.737.456,5 € - S.A.: Consorzio di bonifica montana del Gargano

PREC 1/2022/L

Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 89 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 93 d.lgs. n. 50/2016

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

D.P.C.M. 18 aprile 2013

Parole chiave

Garanzia provvisoria – Importo – Soccorso istruttorio

White list – Domanda di iscrizione

Massima

Garanzia provvisoria – Importo insufficiente - Soccorso istruttorio - Legittimità

La polizza fidejussoria stipulata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, e prodotta unitamente alla documentazione amministrativa, recante un importo insufficiente può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, la quale deve consentire all'operatore economico di integrarne l'ammontare.

White list – Domanda di iscrizione – Silenzio inadempiamento della Prefettura – Onere di rinnovo della domanda di iscrizione – Inconfigurabilità

L'efficacia riconosciuta, ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, alla domanda di iscrizione nelle *white list* è finalizzata ad evitare che i tempi dell'istruttoria possano pregiudicare gli operatori economici; in assenza di una esplicita disposizione in tal senso, essa non vale ad attribuire ai richiedenti lo status di iscritti nella *white list*, poiché la Prefettura ha l'obbligo di pronunciarsi in maniera espressa sull'istanza, né tantomeno ad imputare loro il relativo onere di richiedere annualmente il rinnovo dell'iscrizione (che non si è ancora perfezionata) per potere conservare la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione a fronte dei ritardi delle Prefetture.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 febbraio 2022

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 91378 del 20 dicembre 2021, con la quale l'operatore economico Matarrese S.r.l., secondo graduato nella gara in epigrafe, ha contestato la mancata esclusione del primo classificato General Service Group S.r.l. (di seguito anche GSG), assumendo a suo carico le seguenti carenze di cui la stazione appaltante non si sarebbe tempestivamente avveduta:

- i. prestazione di una cauzione provvisoria nella misura ridotta dello 0,70% dell'importo a base di gara (pari a euro 9.737.456,5) in assenza dei presupposti legittimanti ai sensi dell'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 50/2016. Nella specie, l'istante ha evidenziato che General Service Group S.r.l. può vantare il possesso della certificazione di qualità ISO9000, che consente la riduzione del 50%, ma non anche della Registrazione EMAS che avrebbe consentito l'ulteriore riduzione del 30% cumulabile alla prima;
- ii. mancata iscrizione nella *white list* della Prefettura di Foggia;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 4 gennaio 2022 con nota prot. n. 404;

Visto quanto replicato dalla stazione appaltante nella memoria acquisita al prot. n.1021 del 10 gennaio 2022. Rispetto al primo motivo di esclusione, il Consorzio di bonifica montana del Gargano ha rappresentato che la cauzione provvisoria presentata da GSG nella misura ridotta pari a 68.162,27 euro beneficia delle riduzioni del 50% e del 20% giustificate, rispettivamente, dalla certificazione di qualità ISO 9001 e dalla certificazione ISO 14001:2015, entrambe possedute dall'impresa prima classificata, e dell'ulteriore riduzione del 15% dovuta alla certificazione UNI EN ISO 14064-1 posseduta dall'impresa ausiliaria Conpat Scarl, di cui GSG ha dichiarato di avvalersi per il prestito del requisito dell'attestazione SOA OG6, classifica VIII. Il cumulo di tali riduzioni avrebbe consentito la presentazione di una cauzione minima - euro 66.241,70 - anche inferiore a quella effettivamente prestata. La stazione appaltante ha tuttavia anche precisato che, qualora l'importo della cauzione fosse ritenuto insufficiente, valuterebbe la sussistenza delle condizioni per chiederne la regolarizzazione tramite soccorso istruttorio. In relazione al secondo motivo di esclusione, la stazione appaltante ha eccepito che l'operatore economico primo classificato ha dimostrato di avere presentato domanda di iscrizione alla *white list* con nota formalizzata in data 3 aprile 2019 e che la pendenza della richiesta di iscrizione, come chiarito dalla Circolare del Ministero dell'Interno n. 11001/119/20 (8) I parte del 23 marzo 2016, consente la partecipazione alle gare nelle more del procedimento. Oltre a ciò, ha evidenziato che GSG è destinatario di due comunicazioni antimafia liberatorie, una risalente al 17 gennaio 2020 e l'altra, successiva alla gara, rilasciata in data 11 novembre 2021;

Visto quanto dedotto da General Service Group S.r.l. con memoria acquisita al prot. n. 918 del 10 gennaio 2022 a sostegno dell'operato della stazione appaltante. Secondo l'operatore economico la cauzione provvisoria sarebbe più che capiente, potendo nel caso di specie beneficiare anche della riduzione conseguente alla certificazione UNI EN ISO 14064-1 posseduta dall'ausiliaria Conpat Scarl che, con il contratto di avvalimento, si è impegnata a mettere a disposizione dell'ausiliata anche "*le proprie conoscenze e le abilità operative (Know-how) necessarie per svolgere lavori oggetto di avvalimento*", tra le quali rientrerebbe anche l'accertata capacità di monitorare e rimuovere le emissioni di gas ad effetto serra oggetto della suddetta attestazione UNI EN ISO 14064-1. In ogni caso, l'eventuale insufficienza della cauzione provvisoria sarebbe doverosamente sanabile tramite soccorso istruttorio. Circa l'iscrizione alla *white list*, GSG ha evidenziato che, coerentemente al quadro ordinamentale delineatosi alla luce della Circolare del Ministero dell'Interno del 2016, la stessa *lex specialis* di gara richiedeva di indicare, alternativamente alla data di iscrizione, la data di presentazione della domanda e di allegare l'eventuale richiesta di iscrizione; prescrizioni a cui GSG si è attenuto, producendo sia la domanda di iscrizione alla *white list* presso la Prefettura di Foggia in data 12 giugno 2017 che la comunicazione di avvio del procedimento della medesima Prefettura;

Visto quanto ribadito dall'istante con nota prot. n. 1268 dell'11 gennaio 2022 circa la sussistenza delle due invocate cause di esclusione a carico di GSG. Con riferimento al primo motivo di esclusione, l'istante



ha eccetto l'impossibilità per GSG di avvalersi della certificazione dell'ausiliaria ai fini della riduzione della cauzione in quanto non rientrante nel contratto di avvalimento, il cui oggetto è limitato all'attestazione SOA OG6 classifica VIII, la quale a sua volta presuppone il possesso della certificazione di qualità ISO 9000 ma non la certificazione ISO 14064-1. Quanto al soccorso istruttorio, l'istante ha sostenuto che non sia esperibile per sanare irregolarità della cauzione provvisoria costituendo quest'ultima non un elemento formale della documentazione di gara ma un elemento afferente all'offerta, e dunque non emendabile in ragione del principio che impedisce, a salvaguardia della *par condicio*, la modifica delle proposte negoziali dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Con riferimento al secondo motivo di esclusione, l'istante ha sostenuto che il termine annuale di permanenza nella *white list* e il relativo onere dell'operatore economico di comunicare alla Prefettura competente, almeno trenta giorni prima della scadenza dell'iscrizione, l'interesse a permanere nell'elenco vada ritenuto valido anche per gli operatori economici non ancora formalmente iscritti ma ricompresi nell'elenco che consente loro di contrattare con la Pubblica Amministrazione, perché diversamente opinando questi ultimi potrebbero beneficiare *sine die* dei ritardi con cui viene definita la procedura di iscrizione, serbando condotta inerte;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Visti gli articoli 93, comma 7, 89 e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016;

Considerato, con riferimento al primo invocato motivo di esclusione, che la cauzione provvisoria prestata da GSG nella misura di 68.162,27 euro non trova sufficiente copertura nelle certificazioni possedute dall'operatore economico (ISO 9001 e ISO 14001:2015), le quali, cumulando ai sensi dell'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 i propri effetti (50% + 20% di riduzione), consentono la presentazione di una cauzione pari a 77.899,65 euro;

Ritenuto che GSG non possa beneficiare, ai fini della riduzione della cauzione provvisoria, della certificazione UNI EN ISO 14064-1 posseduta dall'impresa ausiliaria Conpat Scarl. In disparte ogni valutazione circa la conformità all'ordinamento dell'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento per dotarsi di capacità e competenze a fini diversi da quello - previsto dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 - di soddisfare la richiesta relativa al possesso di requisiti speciali di cui all'articolo 83, comma 1, necessari per la partecipazione alla gara, nel caso in esame la certificazione UNI EN ISO 14064-1 non rientra, neppure implicitamente, nell'oggetto dell'avvalimento stipulato tra le parti. Come emerge dalla copia del contratto, l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria attestazione SOA nella categoria OG6 classifica VIII, la propria direzione tecnica, le proprie conoscenze e le abilità operative (know-how) necessarie per svolgere lavori oggetto di avvalimento e una serie di attrezzature, beni e materiali dettagliatamente elencati. La certificazione ISO 14064-1 viene rilasciata all'operatore economico che ha sviluppato un inventario di gas effetto serra in conformità agli standards della norma UNI EN ISO 14064-1 (cfr. art. 93, comma 7). Nel caso di specie, come desumibile dalla copia dell'attestato, la conformità alla richiamata norma UNI EN ISO 14064-1 è stata riconosciuta al consorzio stabile Conpat Scarl per le attività di "*Erogazione di servizi amministrativi, commerciali, di gestione e coordinamento per le consorziate nell'ambito delle attività di costruzione*". Si tratta di attività che non rientrano tra quelle il cui know-how è necessario per lo svolgimento dei lavori oggetto dell'appalto (dal Disciplinare: "*opere e provviste occorrenti per eseguire e dare perfettamente ultimati i seguenti Lavori: "Rete di acquedotti minori nel comprensorio del Consorzio di Bonifica Montana del Gargano con l'utilizzo di risorse idriche locali. Schema Sud 2° Lotto - Ulteriore Estendimento"*"), e le cui competenze non possono pertanto ritenersi comprese tra quelle prestate all'impresa ausiliata in quanto necessarie per lo svolgimento di detti lavori. Inoltre, il prestito della certificazione in esame non può neppure considerarsi implicito nel prestito dell'attestazione SOA poiché, ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 63 d.P.R. n. 207/2010, ai fini del rilascio della qualificazione SOA, gli organismi di attestazione si limitano ad accertare la conformità del sistema di qualità aziendale alle norme UNI EN ISO 9000;



Ritenuto che l'irregolarità della cauzione provvisoria prestata da GSG sia sanabile tramite soccorso istruttorio. Al riguardo, si rappresenta che, all'indomani dell'introduzione del comma 2-*bis* dell'art. 38 del previgente Codice, nella determinazione n. 1/2015, l'Autorità ha ritenuto che la novella trovasse applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima fosse stata già costituita alla data di presentazione, dovendosi considerare diversamente alterata la parità di trattamento tra i concorrenti. La posizione è stata ribadita con riferimento alla vigente normativa nel Bando tipo n. 1/2017, dove è stato affermato che, con riguardo alle condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell'offerta (tra cui la garanzia fidejussoria) che devono accompagnare l'offerta sin dalla sua presentazione, la mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo ove l'operatore economico dimostri che, nel caso della garanzia per es., il relativo contratto abbia data certa anteriore alla scadenza dell'offerta, mentre laddove i documenti presentati siano carenti di dichiarazioni/elementi propri, il soccorso deve essere consentito al fine di integrare le dichiarazioni/elementi carenti (durata, importo e altre clausole della garanzia a corredo dell'offerta). Anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come occorra distinguere la fattispecie della mancata costituzione della garanzia da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce *ex se* espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica. Tale orientamento precisa ulteriormente che l'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia riferibile a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la *par condicio* tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria formatasi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, n. 399/2020 e n. 8296/2019). La stessa giurisprudenza amministrativa ha sostenuto (cfr. Consiglio di Stato, n. 399/2020 cit.) che il principio sopra espresso, per il quale il soccorso istruttorio va a buon fine con conseguente permanenza in gara dell'operatore solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, va limitato alla sola ipotesi di mancanza della cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda a pena di esclusione. A ben vedere, anche la pronuncia del Consiglio di Stato n. 804/2021, citata dall'istante a confutazione dell'esperibilità del soccorso istruttorio, si riferisce, censurandolo, ad un caso in cui il soccorso era stato ammesso a fronte della mancanza della cauzione, sul presupposto che fosse stata omessa per mero errore e/o dimenticanza, laddove il riscontro della avvenuta regolarizzazione postuma tramite deposito di polizza stipulata dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta ha correttamente imposto l'estromissione dalla gara. Nel caso in esame, la polizza fidejussoria in discussione è stata stipulata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e regolarmente prodotta unitamente alla documentazione amministrativa; la mera irregolarità della fidejussione tempestivamente costituita, determinata dall'ammontare rivelatosi insufficiente, può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, che dovrebbe consentire all'operatore economico di integrarne l'importo, come riconosciuto in termini ampi dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3635/2018, e più recentemente, sez. V, 4270/2020 in una ipotesi di dubbio sulla congruità dell'importo della cauzione, in relazione alla sussistenza dei presupposti per la sua dimidiazione; nello stesso senso anche Parere di precontenzioso n. 571 del 1° luglio 2020);

Ritenuto che deve riconoscersi la possibilità di esercitare il potere di soccorso istruttorio in qualunque fase della procedura (Pareri di precontenzioso n. 50 del 1° febbraio 2017; n. 946 del 13 settembre 2017; n. 571 del 1° luglio 2020). Non si ravvisano ragioni che ostino alla possibilità, *rectius* all'obbligo, per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio per sanare carenze non tempestivamente rilevate



nella fase di verifica dell'ammissibilità dei concorrenti. La giurisprudenza amministrativa ha affermato il soccorso istruttorio deve ritenersi pacificamente esperibile anche dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, qualora la stazione appaltante non si sia avveduta della carenza documentale nella fase di controllo delle dichiarazioni ma solo a margine dell'aggiudicazione definitiva, giacché la stazione appaltante non consuma il potere di verifica del possesso dei requisiti, che può pertanto essere esercitato successivamente alla fase di controllo delle dichiarazioni e dei documenti prodotti in gara, tenuto conto che l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 non fissa un termine ultimo per l'esercizio del soccorso istruttorio in sede di gara, quale potrebbe essere, ad esempio, l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, poiché tale attività è correlata al momento in cui la stazione appaltante valuta la regolarità e completezza della documentazione fornita; ne segue che se tale valutazione è compiuta per l'offerente per la prima volta in fase di verifica va consentito alla stazione appaltante di richiederne la regolarizzazione (TAR Puglia, n. 948/2016; TAR Lazio, Roma, II, n. 3541/2017; Consiglio di Stato, V, n. 7302/2021);

Visti l'art. 1, comma 52, l. n. 190/2012, il D.P.C.M. 18 aprile 2013 e la Circolare del Ministero dell'Interno n. 11001/119/20 del 23 marzo 2016;

Considerato, con riferimento al secondo invocato motivo di esclusione, che al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, il procedimento di iscrizione di GSG nella *white list* della Prefettura di Foggia versava in fase istruttoria, a seguito della domanda di iscrizione del 12 giugno 2017, come risultante dall'Elenco delle imprese richiedenti l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, pubblicato dalla Prefettura e aggiornato al 24.12.2021;

Considerato che, in ragione di quanto prescritto dalla richiamata Circolare ministeriale del 23 marzo 2016, la presentazione della domanda di iscrizione alla *white list* è considerata idonea a soddisfare il requisito dell'iscrizione alla *white list* necessario ai fini della partecipazione alle gare e dell'affidamento di contratti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa. Secondo il quadro delineato dal Ministero dell'Interno, a fronte di una domanda di iscrizione, la Prefettura effettua l'inserimento dei dati relativa all'impresa nella Banca Dati Nazionale Unica Documentazione Antimafia avviando in tal modo la fase degli accertamenti, e deve pubblicare sul proprio sito, curandone il costante aggiornamento, l'elenco delle imprese richiedenti l'iscrizione nella *white list*, secondo un modulo che reca la data di presentazione dell'istanza di iscrizione. E' questa la circostanza, ovvero la presentazione della domanda di iscrizione, che, secondo la Circolare, deve essere necessariamente accertata dalla stazione appaltante prima di dare avvio all'iter contrattuale, attraverso la Banca Dati;

Considerato che il richiamato modello è stato fatto proprio dall'Autorità che, nel Bando tipo n. 1/2017, ha previsto che la stazione appaltante richieda ai fini della partecipazione la dichiarazione dell'avvenuta iscrizione nell'elenco ovvero copia dell'avvenuta presentazione della domanda. Come evidenziato nella Relazione illustrativa, l'espreso rilievo attribuito, ai fini del possesso del requisito, al momento della presentazione della domanda di iscrizione nella *white list*, segna l'adesione alla previsione più ampia dal punto di vista casistico e maggiormente garantista per l'operatore economico, tenuto conto che *"allorché l'impresa che ha presentato domanda di iscrizione nelle white list sia interessata ad accedere ad un contratto o a un subcontratto che si inserisce nel piano di realizzazione di un'opera pubblica, e non abbia ancora conseguito l'iscrizione in white list, si pone l'esigenza di evitare che la mancata conclusione della procedura di iscrizione finisca per determinare un pregiudizio patrimoniale all'impresa, per causa ad essa non imputabile, derivante dalla impossibilità di pervenire alla conclusione del contratto. In siffatti casi, la stazione appaltante, dopo aver soddisfatto l'obbligo di consultare le white list, in tal modo accertandosi che l'impresa abbia già assolto l'onere di richiedere l'iscrizione, potrà dare avvio all'iter contrattuale ricorrendo alla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia"* (Circolare del Ministero dell'Interno, cit.). Nello stesso senso il Parere di Precontenzioso n. 1297/2017;



Considerato che, nei giudizi instaurati a seguito di ricorsi promossi contro il silenzio inadempimento serbato dalle Prefetture a fronte delle domande di iscrizione nelle *white list*, il giudice amministrativo ha ritenuto che sussiste l'obbligo per la Prefettura di pronunciarsi in maniera espressa sull'istanza di iscrizione, anche se la mancata iscrizione nella *white list* non osta alla stipula di contratti pubblici con l'impresa richiedente, riconoscendo in capo all'operatore economico un interesse anche reputazionale-curriculare all'inserimento nell'elenco dei fornitori di beni, prestatori di servizi ed esecutori di lavori 'virtuosi', in quanto non soggetti a rischio di inquinamento mafioso (TAR Campania, Napoli, Sez. I, n. 3046/2018; TAR Lazio n. 10301/2018). La giustizia amministrativa ha anche riconosciuto che, in assenza di una norma che qualifichi espressamente come perentorio il termine di conclusione del procedimento di 90 giorni stabilito dal D.P.C.M. 18 aprile 2013, la violazione di quest'ultimo non comporta la consumazione del potere in capo alla Prefettura e la conseguente illegittimità del provvedimento adottato tardivamente. Al riguardo, è stato osservato che l'operatore economico interessato potrebbe attivarsi avverso l'inerzia amministrativa attraverso gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, «senza che ciò possa considerarsi equivalente all'imposizione di un "onere" ulteriore in capo al richiedente» (Consiglio di Stato, sez. III, n. 4061/2021);

Ritenuto che le coordinate ermeneutiche delineate dalla giurisprudenza consentono di ritenere che l'efficacia riconosciuta, ai fini della partecipazione, alla domanda di iscrizione sia esclusivamente finalizzata ad evitare che i tempi dell'istruttoria possano pregiudicare gli operatori economici ma, in assenza di una esplicita disposizione in questo senso, non valga ad attribuire ai richiedenti lo status di iscritti nella *white list* – la Prefettura ha infatti l'obbligo di pronunciarsi in maniera espressa sull'istanza – né tantomeno ad imputare loro il relativo onere di richiedere annualmente il rinnovo dell'iscrizione (che non si è ancora perfezionata) per potere conservare la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione a fronte dei ritardi delle Prefetture;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- sanabile tramite il potere di soccorso istruttorio l'irregolarità della cauzione provvisoria prestata da General Service Group S.r.l.;
- idonea ai fini della partecipazione alla gara la presentazione della domanda di iscrizione alla *white list* della Prefettura di Foggia.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco