

OGGETTO: PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN APPALTO DEI LAVORI DI RIUSO DELL’ EX SCUOLA ELEMENTARE DI LEVIZZANO PER LA REALIZZAZIONE DI UNA STRUTTURA POLIFUNZIONALE SOCIO-ASSISTENZIALE DEL COMUNE DI BAISO AI SENSI DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 3, COMMA 1 LETT. SSS), 60 E 36, COMMA 9 DEL D.LGS. 50/2016. - CHIARIMENTO N. 2.

CIG 732220283C

CUP E54H17000070002

CPV 45454000-4 LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE

D) Una ditta chiede se, con riguardo alla terna dei subappaltatori per le categorie soggette a rischio di infiltrazione mafiosa, l’indicazione di una sola ditta per categoria possa essere motivo di esclusione.

R) Si riporta a quanto testualmente indicato alle pagg. 25, 26, 27 del Disciplinare di gara:

“Indicazione della terna di subappaltatori: ai sensi di quanto previsto dall’art. 105, c. 6 del D.Lgs. n.50/2016 e s.m.i., l’operatore economico concorrente qualora intendesse subappaltare taluna delle c.d. “attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa”, deve obbligatoriamente indicare in sede di offerta, (compilando l’apposita Sezione del D.G.U.E., una terna di subappaltatori).

L’indicazione della suddetta terna è subordinata alle seguenti due condizioni:

1) che si tratti di subappalto come definito dall’art. 105 c. 2, secondo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. ovvero di contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% (due per cento) dell’importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a € 100.000,00 e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% (cinquanta per cento) dell’importo del contratto da affidare;

2) che si tratti di subappalto di attività, ai sensi dell’art. 1, c.53 della Legge n. 190/2012, considerate maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa e precisamente:

- trasporto di materiali a scarica per conto di terzi;
- trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- noli a freddo di macchinari;
- fornitura di ferro lavorato;
- noli a caldo;
- autotrasporti per conto di terzi;

- guardiania dei cantieri.

La terna deve essere indicata per ognuna delle attività, sopra riportate, per cui si prevede l'affidamento in subappalto.

Qualora, l'affidamento di una delle attività sopra elencate di cui all'art. 1, c.53 della Legge n. 190/2012, non costituisca subappalto, non ricorrendo le condizioni di cui al punto 1, bensì un semplice subaffidamento, come indicato al successivo paragrafo 10), non è richiesta l'indicazione della terna in sede di gara, fermo restando l'obbligo per il subaffidatario, dell'iscrizione nelle "White list" tenute dalla competente Prefettura.

Gli operatori economici indicati nella terna:

- devono essere iscritti negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio (cd. White list) istituiti presso le Prefetture, come meglio specificato al successivo paragrafo 11;

- non devono partecipare alla procedura per l'affidamento del presente appalto, pena l'impossibilità di essere affidatari del subappalto;

- devono possedere i requisiti previsti dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e sono tenuti a compilare e sottoscrivere il D.G.U.E. "Documento di Gara Unico Europeo"

È consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti: in tal caso la Stazione Appaltante si riserva la facoltà di verificare che non vi siano elementi di collegamento o comunque situazioni distorsive della concorrenza.

L'omessa dichiarazione della terna non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, l'impossibilità di ricorrere al subappalto. In alternativa il concorrente, tramite il soccorso istruttorio, può essere ammesso a integrare la propria dichiarazione di subappalto con l'indicazione della terna di subappaltatori.

Il mancato possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna comporta l'esclusione del concorrente dalla gara.

Nel caso in cui venga indicato nella terna un operatore economico che risulti partecipare come concorrente alla presente procedura di appalto, ciò non sarà causa di esclusione bensì si provvederà, tramite attivazione della procedura di soccorso istruttorio, a richiedere al concorrente l'indicazione di un nuovo operatore economico al fine di ricostituire la terna di subappaltatori.

L'appaltatore deve provvedere al deposito presso la Stazione Appaltante del contratto di subappalto almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate.

Al momento del deposito del contratto di subappalto, l'appaltatore deve trasmettere altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. n.50/2016.

Il Contratto di subappalto deve indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che in termini economici.

L'appaltatore deve inoltre allegare alla copia autentica del contratto di subappalto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento, a norma dell'articolo 2359 del codice civile, con l'impresa alla quale è affidato il subappalto (analoga dichiarazione deve essere effettuata, in caso

di raggruppamento temporaneo, da ciascuna delle imprese partecipanti).

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 105, c.12 del D.Lgs. n.50/2016 l'appaltatore deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione del citato art.80.

Per le ulteriori specifiche si fa espresso rinvio al Capitolato d'appalto.

In altri termini, premesso che l'omessa dichiarazione della terna non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, l'impossibilità di ricorrere al subappalto, il Tar Lombardia, sez. Brescia, ha chiarito che non va esclusa dalla gara l'impresa che ha indicato nell'offerta di volersi avvalere del subappalto ma non ha indicato una terna di subappaltatori (Tar Lombardia, sez. II Brescia, 29 dicembre 2016, n. 1790).

Infatti, la mancata indicazione può essere sanata con il c.d. soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, dello stesso codice.

A suo tempo, l'AVCP (ora, ANAC) e l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato avevano confermato la regola generale secondo cui i nomi dei subappaltatori non vanno indicati nel corso della selezione, essendo sufficiente l'identificazione delle prestazioni che l'impresa intende subappaltare (rispettivamente det. 1/2015, parere n. 11/2014, det. 4/2012 e sent. 2 novembre 2015, n. 9).

Tuttavia, come detto, rispetto a tale orientamento, il nuovo Codice dei contratti, in deroga alla regola generale, impone in alcuni casi al concorrente di enucleare sin dalla gara una terna di nomi di subappaltatori (cfr. Consiglio di Stato, parere Comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286 sulle Linee guida ANAC n°6 concernenti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c, del Codice), Il Tar Brescia ha quindi ritenuto che – in coerenza con l'art. 83, comma 9, del nuovo Codice dei contratti - l'esclusione dalla gara del concorrente che abbia compiuto omissioni nelle dichiarazioni rese è limitata ai soli casi di irregolarità insanabili, individuate con le *"carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*. Tra queste irregolarità insanabili non rientra la mancata indicazione della terna per la quale può essere legittimamente attivato il meccanismo del soccorso istruttorio, poiché tale irregolarità è di natura formale ed emendabile.

Cordiali saluti.

La Responsabile del Servizio

Avv. Lucia Valentina Caruso

(Documento firmato digitalmente ai sensi dell'art. 20, 21 e 22 D.Lgs. 80/2005)