

Oggetto: Gara a procedura aperta ai sensi del D. Lgs. 36/2023, per l'affidamento di un Accordo Quadro avente ad oggetto la prestazione del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali per le Pubbliche Amministrazioni - Edizione 1 – ID 2634

V TRANCHE DI CHIARIMENTI

I chiarimenti della gara sono visibili sui siti: www.consip.it; www.acquistinretepa.it; www.mef.gov.it

1. Domanda

L'art. 5 del Capitolato d'Oneri (rubricato "Requisiti Generali e Cause di Esclusione"), come da ultimo emendato a mezzo dell'"Errata Corrige" prevede che: "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".

Tenendo conto che la procedura di gara ha ad oggetto l'erogazione del Servizio Luce e dei servizi opzionali connessi come definiti dall'art. 3.1. del Capitolato Tecnico e che, a ben vedere, l'attività in questione non rientra nelle categorie per le quali l'iscrizione alla c.d. "White List" è obbligatoria (tali essendo quelle di cui l'art. 1, c.53, L. 190/2012 (ovvero "c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri ;i-bis) servizi funerari e cimiteriali; i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering; i-quater) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti") si chiede di confermare il predetto requisito non debba trovare applicazione in relazione a concorrenti che, per l'appunto, non eseguano le attività indicate dall'art. 1, co. 53, sopra menzionato (che, pertanto, non possono procedere alla relativa iscrizione) e, conseguentemente, di voler modificare, in autotutela, la previsione de qua (e, parimenti, qualsivoglia altra previsione in tal senso inclusa nella documentazione di gara e/o comunque applicabile a questo appalto) nel senso di ritenere non necessaria l'iscrizione alla "White List" quale requisito necessario a fini partecipativi.

Sotto questo profilo si rappresenta che una diversa interpretazione (i.e. una generalizzata applicazione del requisito) renderebbe nulla la previsione del Capitolato d'Oneri per violazione del principio della tassatività delle cause di esclusione di cui al razione temporis applicabile art. 10 del Dlgs. n. 36/2023 (cfr.; "... le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte").

Trattasi, peraltro, di un principio pacificamente affermato dalla giurisprudenza di merito anche in vigore del "vecchio" D.lgs. n. 50/2016 (ex multis, Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 21 febbraio 2023, n. 526, in cui si legge: "In proposito va rilevato che le attività imprenditoriali iscrivibili nell'elenco della Prefettura sono quelle espressamente individuate nell'art. 1, comma 53, della legge n. 190/2012, come modificato dall'art. 4 bis del D.L. 8.4.2020 n. 23 (convertito in legge n. 40 del 5.6.2020) (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 19 dicembre 2020, n.484) e che tale elenco deve intendersi tassativo e di stretta interpretazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I,

23 marzo 2016, n. 1511). Al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, la verifica dell'insussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa va attuata mediante gli strumenti delle informative e delle comunicazioni antimafia ex D.lgs. n. 159 del 2011. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del codice dei contratti, nulla è la clausola che preveda prescrizioni, a pena di esclusione, diverse da quelle previste dal codice stesso o dalla legge e che inammissibile è la censura su tale clausola, posto che essa è da considerarsi come non apposta ai documenti di gara (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 26 febbraio 2021, n. 513; Consiglio di Stato, sez. III, 14 dicembre 2020, n.7967”), che a fortiori dovrebbe valere in vigore della nuova disciplina che ha cristallizzato il richiamato principio di tassatività delle fattispecie escludenti.

Tanto si evince anche dalle più recenti pronunce del Consiglio di Stato (v. Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2024, n. 9201) che hanno affermato come (al pari del caso di specie) anche in presenza di una gara in cui parte delle attività “marginali” rientrano nell’ambito applicativo della L. n. 190/2012 non può essere richiesto a pena di esclusione il requisito di iscrizione alla “White List”: “pur dovendosi riconoscere la massima importanza alla normativa di prevenzione e contrasto ai fenomeni di criminalità organizzata, non può tuttavia essere condivisa la tesi del giudice di primo grado secondo la quale l’obbligo di iscrizione nella white list prefettizia di cui all’art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012 sussisterebbe anche laddove le attività di cui all’elenco di legge presentino, in relazione al complesso delle lavorazioni, un rilievo del tutto marginale.

Come affermato dalla giurisprudenza anche di questa Sezione, laddove si sposasse l’interpretazione seguita dal giudice di primo grado “si finirebbe per attribuire alla disciplina in tema di prevenzione e contrasto ai fenomeni malavitosi nel settore dei pubblici appalti una valenza prescrittiva e preclusiva del tutto eccedentaria rispetto al proprium degli obiettivi di tutela perseguiti. Allo stesso modo si finirebbe per imporre alle imprese prescrizioni e limitazioni non giustificate dal rilievo economico che l’attività potenzialmente ascrivibile ai settori ‘a rischio’ presenta in relazione alla singola commessa” (Cons. Stato, V, n. 848 del 2017).

Ad avviso del Collegio, tale interpretazione è maggiormente coerente con la finalità di iscrivere le richiamate disposizioni in un ambito di ragionevolezza e di legittimità costituzionale, non potendo il presidio di legalità disciplinato dalla legge n. 190 del 2012 trovare applicazione anche oltre il limite della sostanziale irrilevanza e in relazione a fattispecie in cui l’oggetto dell’affidamento non riguarda – se non in misura obiettivamente marginale – i settori considerati tipicamente a rischio di infiltrazioni malavitose”.

RISPOSTA

Premesso che all’interno del servizio è espressamente prevista l’attività di “Gestione del rifiuto” come riportato al paragrafo 5.0.1 del capitolato tecnico, per cui è richiesta, ai sensi dell’art. 1, c.53, della L. 190/2012, la relativa iscrizione nelle white list, si specifica che la stessa dovrà essere posseduta soltanto dal soggetto che effettivamente andrà a svolgere le suddette attività il quale potrà essere, in base al caso concreto, l’appaltatore, un’impresa del raggruppamento temporaneo, il subappaltatore, il subaffidatario, ecc.

Si precisa, altresì, che l’operatore economico potrà demandare le prestazioni di cui sopra ad altro soggetto a condizione che quest’ultimo sia in possesso dell’iscrizione alla White List della Prefettura di competenza, o abbia presentato la domanda di iscrizione alla competente Prefettura, e che, in caso di subappalto qualificante/necessario, l’Operatore Economico lo dichiari all’interno del DGUE.

2. Domanda

Premesso che:

con il chiarimento n. 94 è stato precisato che - nell'ambito dei servizi SC Smart City - gli asset infrastrutturali (pali, lampade, linee di distribuzione, quadri elettrici, etc.) di proprietà dell'amministrazione comunale possano essere utilizzati, oltre che per i servizi verso l'amministrazione pubblica, anche per servizi rivolti a terzi nel rispetto delle normative vigenti, a condizione che vi sia specifico accordo con l'Amministrazione Contraente;

il successivo chiarimento n. 136 ha, altresì, precisato che nell'ambito dei servizi SC Smart City, i benefici derivanti da eventuali servizi opzionali resi a favore di terzi sono in capo all'Amministrazione Contraente, sul presupposto che il contributo nello sviluppo del servizio sia pagato dalla medesima Amministrazione Contraente;

Tutto ciò premesso:

si chiede di confermare che, nell'ipotesi in cui il costo di realizzazione degli asset infrastrutturali per la realizzazione di servizi in ambito SC Smart City (da realizzarsi previo specifico accordo con l'Amministrazione Contraente) sia integralmente a carico dell'Offerente (e, dunque, non comporti alcun costo per l'Amministrazione Contraente non essendo da questa acquistato) i benefici economici derivanti dall'esecuzione del servizio medesimo a favore dei terzi possano essere introitato interamente dall'Offerente.

In alternativa, si chiede di confermare che i benefici economici derivanti dall'esecuzione del servizio su descritto possano essere condivisi tra l'Amministrazione Contraente e l'Offerente in misura del 50%-50% ovvero nella diversa misura oggetto di specifico accordo tra le parti.

RISPOSTA

Si ribadisce che nell'ambito dei servizi di SC Smart City gli asset infrastrutturali esistenti o di nuova realizzazione devono essere utilizzati per servizi verso l'Amministrazione pubblica e gli utenti, salvo diversi accordi con l'Amministrazione contraente in ordine ai benefici economici derivanti dalla realizzazione dell'infrastruttura.

Ing. Simona Petetta

(Responsabile Divisione Sourcing Energy e Building Management)