



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 17, comma 5, d.lgs. 36/2023 – verifica requisiti aggiudicatario - richiesta parere.

FUNZ CONS 57/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 28 luglio 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 62140, 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 15 novembre 2023, 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. 160/2022. 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 il quesito proposto l'istante evidenzia che ai fini delle verifiche previste dall'art. 17, comma 5 del d.lgs. 36/2023 per il perfezionamento dell'aggiudicazione, nelle more della piena operatività del sistema di interconnessione tra le diverse banche dati, le stazioni appaltanti ricorrono al FVOE o richiedono l'attestazione direttamente alle amministrazioni certificatrici. Questa attività spesso richiede un tempo lungo o addirittura indefinito posto che, talvolta, il certificato non viene acquisito per mancata risposta da parte degli enti competenti. L'Amministrazione chiede quindi se l'adozione del provvedimento di aggiudicazione presuppone, affinché sia efficace, l'acquisizione di tutti i certificati indipendentemente dal tempo necessario per l'ottenimento degli stessi. In alternativa, chiede se decorsi 30 giorni dall'attivazione dei controlli, la stazione appaltante possa comunque procedere con l'aggiudicazione anche in assenza di tutti i riscontri, applicando l'istituto del silenzio-assenso (l.n. 241/1990). Chiede, altresì, se in tale ultimo caso, sia consentito inserire nel contratto una clausola che preveda, in presenza di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti, la risoluzione dello stesso ed il pagamento del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite, quale indicazione già prevista nelle Linee Guida n. 4, nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016.

Al fine di fornire riscontro al quesito posto, si osserva in via generale che ai sensi dell'art. 17, comma 5, d.lgs. 36/2023, secondo periodo, *«L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace»*. L'art. 18, comma 2, stabilisce a sua volta che *«Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha*

luogo entro i successivi sessanta giorni anche in pendenza di contenzioso», ad eccezione dei casi indicati nelle lettere da a) a c) della norma.

Come evidenziato nella Relazione illustrativa del nuovo Codice in relazione a tale disposizione, «il comma 5 prevede la formulazione di una proposta di aggiudicazione alla stazione appaltante o ente concedente parte del soggetto preposto alla valutazione delle offerte, a favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala. L'aggiudicazione viene disposta dall'organo competente della stazione appaltante o ente concedente dopo *effettuato positivamente il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, successivamente al quale il contratto potrà essere stipulato o ne potrà essere iniziata l'esecuzione in via di urgenza*».

La norma richiede, quindi, espressamente – ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto e della stipula del relativo contratto – che la stazione appaltante proceda al riscontro *positivo* dei requisiti dichiarati in gara dall'aggiudicatario.

Con riguardo alle modalità di svolgimento delle verifiche previste ai fini indicati dal citato art. 17, comma 5, il Codice prevede all'art. 24 che presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (di cui all'art. 23) «opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e per l'attestazione dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce».

Con delibera n. 464 del 27/7/2022 l'Autorità ha fornito indicazioni operative per l'avvio del Fascicolo virtuale, mentre con successiva delibera n. 262/2023 (che acquista efficacia dal 1 gennaio 2024), ha disciplinato *"il funzionamento del FVOE, le modalità di integrazione con gli Enti certificanti e di utilizzo da parte dei soggetti abilitati, i requisiti e le cause di esclusione verificabili attraverso lo stesso e infine i dati e le informazioni disponibili e trattate ai tali fini"* (art.2).

Il Fascicolo virtuale dell'operatore economico consente quindi alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori, attraverso l'integrazione con gli enti certificatori (con le modalità indicate nella delibera citata), «l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici e per la verifica del mantenimento dei requisiti in fase di esecuzione. Agli operatori economici permette di inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico e di utilizzare tali documenti per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali partecipa, entro il periodo di validità del documento individuato convenzionalmente in 120 giorni dalla data di emissione, ove non diversamente indicato» (Faq Fvoe A1).

Come stabilito dall'art. 12 della delibera n. 262/2023 (cui si rinvia), «A decorrere dal 1° gennaio 2024, il FVOE è utilizzato per l'acquisizione e per la verifica dei dati e dei documenti previsti negli allegati al presente atto che saranno disponibili a tale data. Con successivi aggiornamenti degli allegati saranno indicati i dati e le informazioni via via resi disponibili nel FVOE. 12.4 A decorrere dal 1° gennaio 2024: a) fino alla completa operatività del sistema, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti effettuano le verifiche di competenza sui dati e i documenti a comprova dei requisiti generali non disponibili nel FVOE ai sensi dell'articolo 40, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 28/12/2000, con le modalità previste dall'articolo 71, comma 2, del medesimo decreto; b) fino alla completa operatività del sistema, i dati e i documenti a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario non disponibili nel FVOE sono inseriti nel sistema dagli OE; c) fino alla completa operatività del sistema le stazioni appaltanti e gli enti concedenti trasmettono all'ANAC le informazioni utili alla dimostrazione dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 del codice dalle stesse accertate, ai fini dell'annotazione

nel casellario informatico, con le modalità indicate nel Regolamento per il funzionamento del Casellario adottato dall'ANAC ai sensi dell'articolo 222, comma 10, del codice. d) fino alla completa interoperabilità del FVOE con il DGUE, i dati, le informazioni e i documenti da utilizzare a comprova dei requisiti di partecipazione, laddove necessario, sono indicati dall'OE con le modalità previste dal sistema».

Inoltre, come ulteriormente specificato nelle Faq pubblicate sul sito istituzionale, «fino alla completa interoperabilità delle banche dati, la verifica dei requisiti si svolge con le modalità attualmente vigenti. In particolare, ai sensi dell'articolo 43, comma 1, del d.P.R. 445/2000, le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti» (Faq A.8).

Dunque, nelle more della piena operatività del sistema di interconnessione tra le diverse banche dati, secondo le delibere citate, le stazioni appaltanti effettuano le verifiche di competenza con le modalità sopra riportate.

Secondo quanto evidenziato nell'istanza di parere, tali verifiche possono richiedere del tempo, pertanto, si chiede se sia possibile procedere all'adozione del provvedimento di aggiudicazione ex art. 17, comma 5 del d.lgs. 36/2023, anche in assenza di riscontro da parte degli enti preposti entro trenta giorni, ricorrendo quindi all'istituto del silenzio-assenso.

A tal riguardo si osserva che l'art. 17, comma 5, del Codice, sopra richiamato, stabilisce espressamente che il competente organo «dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace» e che la Relazione Illustrativa del nuovo Codice, valorizza a tali fini il *positivo riscontro* del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ai fini dell'aggiudicazione, prevedendo quindi che *solo* all'esito di tale riscontro sia possibile procedere alla stipula del contratto.

Il legislatore ha quindi voluto esplicitare l'obbligo per la stazione appaltante di svolgere gli opportuni accertamenti in ordine al *reale* possesso dei requisiti di partecipazione, prima dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto.

Pertanto, «Alla luce delle previsioni sopra richiamate [art. 17, comma 5, d.lgs. 36/2023] è possibile procedere all'aggiudicazione solo DOPO che la stazione appaltante abbia verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente (...))» (Parere MIT n. 2075/2023).

Per quanto sopra, visto il chiaro disposto dell'art. 17, comma 5, del Codice e i chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa, si ritiene non applicabile alla fattispecie in esame l'istituto del silenzio-assenso invocato nell'istanza di parere, al fine di procedere all'aggiudicazione e alla stipula del contratto d'appalto, decorsi inutilmente 30 giorni dall'attivazione dei controlli da parte della stazione appaltante, in assenza di specifica previsione in tal senso (diverso è il caso previsto, ai fini della stipula contrattuale, dall'art. 88, comma 4 *bis*, del d.lgs. 159/2011 in forza del quale, decorso il termine di 30 giorni dalla richiesta delle certificazioni antimafia e dalla consultazione delle banche dati nazionali, le Amministrazioni aggiudicatrici possono procedere in ogni caso alla stipulazione del contratto, anche in assenza della comunicazione antimafia; Cons. di Stato, sez. V, n. 5777/2020).

Nel caso in esame, quindi, «non si ravvisano i presupposti per l'applicazione dell'art. 17 bis della L. 241/1990 (silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici), così come modificata dalla L. n. 124/2015 (Legge Madia). Pertanto in caso di inutile decorso del suddetto termine generale è [30 giorni], la procedura rimane ferma e l'eventuale

aggiudicazione non acquista efficacia fintanto che non perviene la documentazione richiesta che può essere comunque sollecitata» (parere MT n.188/2018).

Il giudice amministrativo ha aggiunto, anche sulla base delle previsioni dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 (sostituito dall'art. 17, co.5, del d.lgs. 36/2023), che «l'art. 20 [silenzio assenso] della legge n. 241/1990 trova applicazione nei procedimenti per il rilascio di provvedimenti amministrativi, e non di certificazioni, qual è quella richiesta dall'art. 86 co. 2 lett. b) d.lgs. n. 50/2016» (fattispecie relativa alla mancata risposta alla SA da parte dell'Agenzia delle entrate, in ordine alla certificazione attestante la regolarità fiscale del concorrente; TAR Toscana, n. 516/2017).

In conclusione, in relazione al quesito posto, tenuto conto delle previsioni dell'art. 17, comma 5, del d.lgs. 36/2023, lette alla luce dei chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa del Codice, si ritiene non applicabile l'istituto del silenzio-assenso previsto dalla l.n. 241/1990, in relazione alle verifiche svolte dalla stazione appaltante ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto ai sensi dell'art. 17, comma 5, d.lgs. 36/2023, nei termini sopra indicati.

A tal riguardo sembra opportuno aggiungere che l'ordinamento, in luogo del silenzio assenso, ha previsto il riferimento all'attivazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 23 comma 8 del nuovo Codice dei Contratti, nonché una disciplina con riferimento ai casi di urgenza di cui all'art. 17 commi 8 e 9.

Più in dettaglio, al fine di garantire la piena integrazione tra le banche dati coinvolte nel ciclo di vita degli appalti, l'art. 23, comma 8, del d.lgs. 36/2023 ha stabilito che «L'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005».

Con riferimento ai casi di urgenza, invece, l'art. 17 commi 8 e 9 del d.lgs. 36/2023, ha disposto che «8. Fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9. 9. L'esecuzione d'urgenza è effettuata quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea».

Per quanto sopra, si rimette 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

Atto firmato digitalmente