



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 611 del 27 giugno 2018

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Ciam Ascensori e Servizi S.r.l. – Procedura aperta per l'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria di ascensori, elevatori e servoscale – anno 2016 – CIG 69242919BO - Importo a base d'asta: 129.300,00 euro – S.A.: Comune di Bergamo

PREC 64/18/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 70356 del 19 maggio 2017, presentata da Ciam Ascensori e Servizi S.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale veniva contestato il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione disposto dall'amministrazione in ragione del fatto che dalle verifiche effettuate emergeva che la società avrebbe reso una dichiarazione non veritiera in ordine all'esistenza di eventuali situazioni di risoluzione contrattuale presso altre amministrazioni, essendo risultato un provvedimento di risoluzione di un contratto d'appalto non dichiarato; al riguardo, l'istante contestava altresì di non essere stato ammesso al soccorso istruttorio;

VISTA, nello specifico, la documentazione di gara e il provvedimento di decadenza adottato dalla stazione appaltante da cui risulta che *«l'autocertificazione da presentare a corredo dell'offerta prevedeva, tra gli altri, l'obbligo di dichiarare e dettagliare l'esistenza di eventuali situazioni di risoluzione contrattuale presso altre pubbliche amministrazioni, la sussistenza di iscrizioni presso il casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, nonché di ogni altro elemento utile a valutare la correttezza professionale dell'impresa partecipante. In sede di verifica dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarato è emerso [...], come da nota proveniente da ALER Milano, che l'impresa CIAM Ascensori e Servizi s.r.l. si è resa passibile di una pronuncia di risoluzione del contratto d'appalto con contestuale esclusione di tale impresa per cinque anni dalle gare di indette dall'Azienda. Nella fattispecie di cui trattasi si versa nell'ipotesi di mancata comprova del possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 14 febbraio 2018;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA la memoria difensiva dell'amministrazione nella quale è stata sostenuta la legittimità del provvedimento adottato, in conformità all'articolo 80, in esito alle verifiche relative alle dichiarazioni presentate in sede di partecipazione e alla specifica richiesta formulata all'ALER da cui è risultata una risoluzione in danno dell'impresa. Inoltre, si è affermata l'infondatezza della contestazione relativa alla mancata ammissione al soccorso istruttorio, che trova applicazione in sede di gara, e non anche nella fase di verifica delle dichiarazioni, che avviene successivamente ed è finalizzata a riscontrarne la veridicità;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che l'articolo 80, comma 5, lettera c), d.lgs. 50/2016 stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora: *«la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»;*

CONSIDERATO che, con le Linee guida n. 6, recanti *«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»*, con deliberazione n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017, l'Autorità ha specificato, con particolare riferimento alle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, che *«la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina»*. Nella medesima delibera è stata altresì fornita l'indicazione delle situazioni che possono assumere rilevanza a tal fine, fra le quali l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte o l'adozione di comportamenti scorretti;

CONSIDERATO, inoltre, che le medesime Linee guida rammentano come la sussistenza delle cause di esclusione in parola deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante il DGUE, con dichiarazione recante tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico, *«infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione. [...] La stazione appaltante che venga a conoscenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa verifica in ordine alla veridicità dei fatti»;*

CONSIDERATO che è costante l'orientamento interpretativo che, da un lato, impone all'operatore l'obbligo di fornire alla stazione appaltante tutte le informazioni utili ai fini delle valutazioni di sua esclusiva competenza, circa la verifica dell'affidabilità ed integrità dello stesso concorrente e, dall'altro, precisa come non sia configurabile in capo all'impresa alcuna scelta sui fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della omnicomprensività della dichiarazione. Al riguardo, è stato anche chiarito che il contraddittorio in ipotesi di esclusione dall'appalto, anche ai fini delle misure di *self cleaning*, è doveroso



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

per la stazione appaltante solo nei confronti del concorrente che si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stessa, fornendo tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. III, sentenza del 5 settembre 2017, n. 4192);

CONSIDERATO ancora che le Linee Guida sopra menzionate precisano ulteriormente che l'esclusione dalla gara va disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato, e che la rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata;

RILEVATO che le richiamate Linee Guida chiariscono, infine, che la valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto;

CONSIDERATO che, relativamente all'elencazione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) dei gravi illeciti professionali, la giurisprudenza ha chiarito che essa non è tassativa, ma meramente esemplificativa e ricomprende qualsiasi significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto che può essere considerata grave illecito professionale, se tale da mettere in dubbio l'affidabilità o l'integrità di un operatore economico. In particolare, deve trattarsi di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, o hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 2 marzo 2018, n. 1299, sentenza del 27 aprile 2017 n. 1955 e sez. III, sentenza del 5 settembre 2017, n. 4192);

CONSIDERATO, infine, che la sussistenza del presupposto in presenza del quale deve essere disposta l'esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) deve essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 23 novembre 2017, n. 5467, ANAC delibera n. 72 del 24 gennaio 2018) e che l'eventuale provvedimento di esclusione «*deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara*» (cfr. in tal senso, da ultimo, TAR Campania, sez. IV, sentenza del 5 gennaio 2018, n. 99);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che, nel caso di specie, spetti alla stazione appaltante, nell'esercizio del suo potere discrezionale, la valutazione della sussistenza della causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) sulla base dei presupposti giuridici sopra ricostruiti;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'apprezzamento discrezionale della gravità degli episodi di negligenza addebitati all'impresa concorrente è riservato alla competenza della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2018

Il segretario Maria Esposito