



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 213 del 1 marzo 2017

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Sassari - Procedura aperta per l'appalto di servizi per la gestione e manutenzione annuali del vecchio cimitero cittadino, del cimitero di Palmadula e conduzione annuale del forno crematorio. Importo a base di gara euro: 441.459,83. S.A.: Comune di Sassari.

PREC 14/17/S

Affinchè la stazione appaltante possa valutare, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, con riferimento alla risoluzione anticipata, la stessa non deve essere stata contestata in giudizio ovvero confermata all'esito di un giudizio, con la conseguenza che in assenza del ricorrere dei suddetti presupposti, la causa di esclusione non può dirsi operante.

Art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. 50/2016.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere acquisita in data 30.11.2016 il Comune di Sassari ha chiesto all'Autorità di formulare un'ipotesi di soluzione della questione insorta relativamente alla procedura aperta per l'appalto di servizi per la gestione e manutenzione annuali del vecchio cimitero cittadino, del cimitero di Palmadula e conduzione annuale del forno crematorio. Con nota del 6.12.2016 la Ditta Individuale ___Omissis___, per il tramite del proprio legale di fiducia incaricato, comunicava la volontà di aderire alla richiesta di parere avanzata e di attenersi a quanto in esso stabilito.

In particolare, le parti istanti chiedono lumi in ordine all'applicazione, al caso di specie, della disposizione relativa ai motivi di esclusione secondo quanto previsto all'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016.

Il Comune di Sassari rappresenta che la concorrente Ditta Individuale ___Omissis___ abbia partecipato alla gara *de qua* ricorrendo, ai fini della qualificazione, all'istituto dell'avvalimento con indicazione, quale ditta ausiliaria, dell'impresa ___Omissis___ S.p.A.

La stazione appaltante ha evidenziato che in data 30.6.2016 (giusta determinazione dirigenziale n. 1867) è stato dichiarato risolto per grave inadempimento del concessionario il contratto del 4.12.2006 nonchè il successivo atto integrativo (n. 26168) del 2014, stipulati con il ___Omissis___ (in cui la ___Omissis___ S.p.A., figurava quale capogruppo), con conseguente inoltro di apposita segnalazione all'Autorità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

All'esito dell'avvio dell'istruttoria è pervenuta, da parte della Ditta Individuale ___Omissis___, una memoria nella quale ritiene che non sia ravvisabile la condizione di esclusione ex art. 80, comma 5, lettera c) d.lgs. 50/2016 sia in quanto la risoluzione in questione non attiene a un grave illecito professionale riferibile alla concorrente Ditta ___Omissis___ o a un suo subappaltatore, sia perché la risoluzione disposta dal Comune di Sassari risulta ritualmente contestata e pendente dinanzi al Tribunale di Sassari.

Altresì, risultano pervenute le controdeduzioni della società ___Omissis___, concorrente alla procedura in esame, nonché affidataria del servizio in parola dall'8 luglio 2015 (giusta determinazione dirigenziale n. 1604) e attualmente in regime di *prorogatio*, con le quali, operata una ricostruzione dei fatti da cui origina anche l'odierna situazione, contesta le censure avanzate dalla Ditta ___Omissis___ in quanto infondate ritenendo che, secondo quanto previsto dall'art. 89 d.lgs. 50/2016, l'obbligo di verifica dei requisiti morali riguardano non solo l'operatore economico partecipante ma anche l'impresa ausiliaria in regime di avvalimento. Evidenzia, altresì che la concorrente Ditta ___Omissis___ non abbia indicato, in sede di dichiarazione, rispetto alla propria ausiliaria ___Omissis___ S.p.A., la contestata inadempienza professionale, nel rispetto dei presupposti e requisiti di cui al bando di gara.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto al vaglio dell'Autorità concerne l'applicazione, al caso di specie, della disposizione prevista dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016 nei confronti della società istante, concorrente alla procedura di gara in regime di avvalimento con un'impresa che risulta essere stata destinataria di un provvedimento, disposto dal Comune di Sassari, di risoluzione contrattuale anticipata per grave inadempimento.

Per dirimere la questione, al fine di verificare se la stazione appaltante abbia correttamente operato è opportuno analizzare il quadro normativo di riferimento nonché le disposizioni della *lex specialis* di gara.

La stazione appaltante ha previsto nel bando di gara, alla lettera C) Domanda di partecipazione, precisamente al punto 5 – DGUE, quali soggetti siano tenuti alla compilazione, tra cui risultano anche “le imprese ausiliarie a qualsiasi titolo” con indicazione delle informazioni da fornire, ivi incluse le dichiarazioni relative ai motivi di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016.

Premesso che, giova ricordare quel pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui il concorrente che intenda utilizzare lo strumento dell'avvalimento deve sottostare alle regole di cui all'art. 89 d.lgs. 50/2016 (già con riferimento all'art. 49 d.lgs. 163/2006), nel novero delle quali rientra la prescrizione di cui al comma 1 che impone l'allegazione di “una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento”. Infatti, l'indirizzo interpretativo fornito, ad esempio, dal Cons. Stato, Sezione V, sentenza 16 novembre 2010, n. 8059, pone sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale, una totale equiparazione tra gli



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

operatori economici offerenti e gli operatori economici in rapporto di avvalimento (vedi anche Consiglio di Stato, Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077).

Tenuto conto di quanto previsto al comma 5 dell'art. 80 del nuovo Codice: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: [...] c) 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 ».

Occorre, altresì, evidenziare in generale, quanto precisato dall'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 - 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, lettera c) del Codice», che al punto 1.3 afferma «I motivi di esclusione previste dall'art. 80, d.lgs. 50/2016 e, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lettera c) sono presi in considerazione anche: a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, comma 4); b) ai fini dell'affidamento dei contratti ai subappaltatori e della relativa stipula (art. 80, comma 14); c) in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento (art. 89, comma 3); d) ai fini della partecipazione alle gare del contraente generale (art. 198)».

Dal verbale di gara n. 1 del 10 novembre 2016, con riferimento all'apertura del plico della concorrente ___Omissis___ e della documentazione ivi contenuta, si evince tra l'altro che, dall'esame delle dichiarazioni contenute nel DGUE compilato dall'impresa ausiliaria ___Omissis___ S.p.A. risulti che la società in questione: 1) dichiara di non essere in regola con gli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse e che tale situazione è accertata con provvedimento giudiziario e 2) di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016.

Orbene, evidenziato che sia il concorrente che l'impresa ausiliaria sono tenuti a dichiarare il possesso dei requisiti di carattere generale di partecipazione e che nel caso in esame, l'ausiliaria abbia reso la propria dichiarazione secondo quanto indicato nel bando di gara e in conformità al dettato della norma di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) d.lgs. 50/2016 e, in quanto risultando la pregressa risoluzione contrattuale contestata in giudizio e ancora pendente, non consente alla stazione appaltante di poter formulare una valutazione in termini negativi a carico dell'operatore economico interessato.

Appare, invece, rilevante quanto evidenziato nel verbale di gara sopra richiamato, relativamente alla dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria circa la violazione di obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse e che tale situazione risulta essere accertata con provvedimento giudiziario. Infatti,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

laddove la stazione appaltante verificasse che tale circostanza rientri nelle ipotesi previste dall'art. 80, comma 4, d.lgs. 50/2016 con superamento dei limiti indicati dall'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del d.P.R. n. 602/1973, ciò comporterebbe l'automatica esclusione dell'impresa concorrente.

In base a tutto quanto sopra rappresentato e alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016 affinché la stazione appaltante possa valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, con riferimento alla risoluzione anticipata, la stessa non deve essere stata contestata in giudizio ovvero confermata all'esito di un giudizio, con la conseguenza che in assenza del ricorrere dei suddetti presupposti, la causa di esclusione non può dirsi operante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2017

Il segretario Maria Esposito