



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 89 DEL 8 febbraio 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Gestione Acqua S.p.a. Procedura aperta per l'affidamento del servizio di fotolettura dei contatori inerenti il servizio idrico integrato ed il servizio di gas e attività connesse. Criterio di valutazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara. 700.000,00 euro.

PREC 71/16/S

Cause di esclusione. Risoluzione del contratto per significative carenze nell'esecuzione di precedente contratto con altra stazione appaltante. Affidabilità dell'impresa. Discrezionalità amministrativa della valutazione.

Non può ritenersi rilevante quale causa di esclusione un errore nell'esecuzione di un contratto analogo del quale non sia stata accertata giudizialmente in modo definitivo né ammessa la responsabilità da parte dell'impresa.

Artt.80 comma 5 lett. C) D.lgs.50/2016;

Il Consiglio

Considerato in fatto:

Con l'istanza prot. n. 160808 del 31 ottobre 2016, la società per azioni Gestione Acque chiedeva a questa Autorità un parere sulla legittimità dell'ammissione alla partecipazione di un'impresa che aveva dichiarato di aver versato penali e infine subito la risoluzione per aver commesso un errore nell'esecuzione di un contratto stipulato con altra stazione appaltante nell'anno precedente l'indizione della procedura in oggetto.

In particolare, nell'esecuzione di un contratto con la committente Napoletengas, società del gruppo Italgas, la società Otils S.r.l. aveva trasmesso le fotoletture dei contatori relative ad alcuni mesi risultate illeggibili e non corrispondenti ai dati raccolti risultati invece essere esatti. Tale anomalia, secondo l'avviso della società appaltatrice, sarebbe da imputarsi a un disagio tecnico di trasmissione derivante da un disservizio a carico di Telecom e dovuto a un'interruzione della somministrazione elettrica della linea (black out). A riprova di tanto, le fotografie trasmesse come illeggibili, nel sistema informatico della società Otils S.r.l., risulterebbero invece perfettamente leggibili e rispondenti ai dati trasmessi.

Il servizio relativo alla procedura indetta dalla Gestione Acqua S.p.a, si riferisce ad analogo oggetto, anche se non completamente coincidente, in quanto mancherebbe la modalità di trasmissione dati che ha comportato il disagio nell'altro contratto. La committente Gestione Acqua ha ammesso alla partecipazione la società Otils ma chiede se è ancora possibile disporre l'esclusione; chiede inoltre se l'autodenuncia da parte del concorrente costituisca idoneo mezzo di prova ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) oltre che del comma 13; chiede infine se la contestazione in sede giudiziale della risoluzione del precedente contratto sia sufficiente a evitare l'esclusione qualora intervenuta in un momento successivo alla presentazione delle offerte nella gara in corso.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La società Otis S.r.l. ricostruisce la vicenda allegando la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione e quindi precisa trattarsi dell'eventuale revoca della stessa e non di esclusione dalla competizione.

Produce memorie alle quali allega una diffida che precede l'attivazione di una procedura giudiziale per impugnare la risoluzione subita e ottenere il risarcimento del danno e dimostra che vi è stata da subito contestazione dell'inadempimento contrattuale, sulla base della mancanza di nesso causale con il comportamento incolpevole dell'impresa e dell'intervento di causa di forza maggiore da ricondursi all'avaria del sistema.

Sostiene inoltre l'irrelevanza dell'errore commesso che nel merito sarebbe insufficiente a giustificare un giudizio di inaffidabilità dell'impresa da parte della stazione appaltante, peraltro isolato nell'ambito della esperienza professionale e non dipendente da colpa.

Ritenuto in diritto

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto 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».

A tal proposito, l'Autorità ha adottato le linee guida n. 6 ai sensi del comma 13 dell'art. 80 in cui rammenta che: *“La norma individua alcune fattispecie esemplificative ritenute idonee ad incidere sul rapporto fiduciario che deve sussistere tra la stazione appaltante e l'operatore economico, quali 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.(...) Oltre alle fattispecie su indicate, deve essere attribuita rilevanza ad ogni comportamento contrario al principio di buona fede tenuto nel corso di una procedura contrattuale e ad altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come ad esempio, l'adozione nei confronti dell'operatore economico di provvedimenti di condanna, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato”*. Come previsto nel Considerando 101 della direttiva 2014/24, e come ricordato nelle linee guida Anac (vd. par. II (Ambito oggettivo), l'inadempimento denunciato deve essere tale da costituire *notevole mancanza* ad obblighi sostanziali: mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendano inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti come l'aver indotto in errore l'amministrazione.

In secondo luogo, ai fini della rilevanza del comportamento, la norma impone che il provvedimento risolutivo non sia contestato in giudizio oppure, se contestato, deve essere stato confermato all'esito del giudizio medesimo, quindi con sentenza passata in giudicato, giacché il legislatore intende attribuire rilevanza soltanto a situazioni definitivamente accertate.

Nel caso dell'impresa Otis l'impugnazione giudiziale della risoluzione subita non è intervenuta ancora, ma è stata inoltrata una diffida preliminare alla committenza, quindi la contestazione sussiste e non può ritenersi vi sia un'implicita ammissione di responsabilità.

Inoltre, l'operosa attività riparatrice volta ad eliminare l'insorgere di problematiche analoghe a quelle contestate, posta in essere dall'impresa ed evidenziata nelle memorie prodotte, deve considerarsi effetto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

del self cleaning di cui alla direttiva 24/2014. Sulla base di tale istituto, il nuovo codice, ai commi 7 e 8 dell'art. 80, impone alle stazioni appaltanti il compito di valutare se le misure *di carattere tecnico, organizzativo e relative al personale* adottate dal concorrente *e idonee a prevenire ulteriori reati o illeciti* (in questo caso carenze nell'adempimento) siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso e in tal caso legittima la decisione di non escluderlo. E' stato chiarito che le misure di self-cleaning devono essere adottate entro il termine per la presentazione delle offerte. A conferma di tale previsione, si evidenzia che lo schema di DGUE in via di approvazione richiede l'indicazione delle misure adottate. Diversamente, si consentirebbe alle imprese di perfezionare i requisiti di partecipazione durante lo svolgimento della procedura, introducendo, per il requisito in esame, una disciplina differenziata rispetto agli altri requisiti generali e speciali richiesti per la partecipazione alla gara. L'impresa Otils ha dichiarato di aver posto in essere tali misure in sede di partecipazione alla gara in quanto già attuate, rispettando così le indicazioni contenute nelle linee guida.

Inoltre, come le linee guida Anac chiariscono: *“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”*.

Nel caso di specie l'ammissione alla partecipazione, o invero l'aggiudicazione, intervenuta in favore dell'impresa appaiono entrambe legittime e derivate da una valutazione adottata dalla stazione appaltante in conformità con il principio di proporzionalità secondo criteri di logicità e razionalità, in base ai quali si è ritenuto che la condotta che ha comportato la risoluzione del precedente contratto non abbia compromesso il giudizio sull'integrità e affidabilità dell'impresa.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la legittimità dell'aggiudicazione nella procedura in oggetto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2017

Il Segretario Maria Esposito