



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 145 DEL 02 settembre 2015

PREC 22/15/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “G.Martino” di Messina – Procedura aperta per l’affidamento triennale del servizio di somministrazione di bevande calde e fredde e di prodotti alimentari preconfezionati mediante l’installazione di distributori automatici. Importo a base di gara euro: 936.000,00. S.A.: A.O.U. Policlinico “G. Martino” - Messina.

Grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara – discrezionalità valutativa.

È riservata alla discrezionalità dell’amministrazione procedente ogni attività valutativa circa l’effettiva portata in termini di rilevanza e gravità delle eventuali violazioni commesse da parte dell’operatore economico relativamente a pregressi rapporti contrattuali intercorsi con essa.

Art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 119087 del 28 ottobre 2014 presentata dalla Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “G. Martino” di Messina relativamente alla procedura aperta per l’affidamento triennale del servizio di somministrazione di bevande calde e fredde e di prodotti alimentari preconfezionati mediante l’installazione di distributori automatici;

VISTO in particolare, il quesito formulato in ordine alla sussistenza o meno di una causa ostativa all’aggiudicazione definitiva della procedura *de qua* in favore della SE.B.A.R. S.r.l. e alla conseguente stipula del relativo contratto, rappresentata dalla grave inadempienza contrattuale commessa dalla ditta in questione nell’esecuzione di un precedente contratto di gestione del bar-punto ristoro presso l’A.O.U. G. Martino, affidato giusta delibera n. 581 del 10.9.2008 per un periodo di anni sei. Il mancato pagamento del relativo canone dovuto, concretizzerebbe la grave inadempienza. La stazione appaltante rende noto che con nota del 29.10.2014 ha comunicato all’aggiudicataria provvisoria SE.B.A.R. S.r.l. la sospensione dell’aggiudicazione definitiva in proprio favore in considerazione della rilevata sussistenza di motivi ostativi in seguito all’accertamento della grave inadempienza commessa nel precedente rapporto contrattuale *inter partes*;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 29 gennaio 2015;

VISTA la memoria inoltrata in data 5 febbraio 2015 da parte dell’impresa SE.B.A.R. S.r.l. con la quale preliminarmente contesta l’avvenuta sospensione dell’aggiudicazione definitiva rispetto all’aggiudicazione provvisoria risalente al 10.11.2010 ritenendola illegittima sulla scorta di un motivo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ostativo successivo all'aggiudicazione stessa. Inoltre, censura la ricostruzione operata dalla stazione appaltante in ordine alle dinamiche scaturenti dall'esecuzione del precedente contratto di gestione del bar-punto ristoro presso l'Azienda Ospedaliera G. Martino. Evidenzia infatti, che non sussiste inadempienza né grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni avendo l'impresa più volte richiesto la revisione del prezzo posto a canone, avanzato una proposta transattiva ovvero offerto la riconsegna dei locali e, nonostante i dinieghi dell'amministrazione comportanti una lievitazione dell'esposizione debitoria, abbia garantito il servizio anche a scapito delle proprie esigenze di bilancio. Evidenzia, altresì, che la stazione appaltante in data 19.9.2014, consapevole dello sviluppo delle dinamiche intercorse tra le parti relativamente al pregresso rapporto contrattuale nonché dell'entità del debito preteso, ha convocato la SE.B.A.R. S.r.l. per la formale conferma della validità dell'offerta economica presentata in sede di gara. Conferma rilasciata da parte della ditta. Da ultimo, rappresenta la pendenza di giudizio dinanzi al TAR Catania avverso la sospensione dell'aggiudicazione definitiva disposta dall'A.O.U. G. Martino;

VISTE le osservazioni formulate dalla stazione appaltante con le quali ribadisce la correttezza del proprio operato sulla scorta di attenta e motivata attività valutativa circa la gravità dell'inadempimento contrattuale da parte dell'operatore economico in questione, inadempimento reiterato per tutta la durata contrattuale (sei anni) che ha comportato il venir meno dell'elemento fiduciario;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO in generale che, l'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti i soggetti che "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualunque mezzo di prova dalla stazione appaltante";

TENUTO CONTO che, per quel che qui interessa, in ordine ad inadempimenti posti in essere dai concorrenti nello svolgimento di precedenti rapporti contrattuali, il legislatore, ha riservato alla stazione appaltante la potestà di valutare la gravità degli stessi, per stabilire *ex ante* se il comportamento tenuto da questi ultimi sia tale da far venir meno il requisito di affidabilità dell'impresa ad assumere le obbligazioni conseguenti all'eventuale aggiudicazione della gara (in tal senso parere n. 19/2012);

CONSIDERATO quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale la valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti ha comunque natura discrezionale ed è soggetta al sindacato di legittimità, nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 25 maggio 2012, n. 3078);

TENUTO CONTO altresì di quanto evidenziato dal Consiglio di Stato (sez. VI, 14 maggio 2013, n. 4174) con riferimento alla prima ipotesi prevista dalla disposizione sopra richiamata, laddove afferma che «pur nella sua apparente unitarietà, contempla un fatto complesso che impone la distinzione tra il giudizio afferente alla fase negoziale di un pregresso rapporto e il giudizio relativo all'esercizio di poteri amministrativi. Il primo giudizio è riservato all'amministrazione che, quale parte di un pregresso



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

rapporto, può ritenere che l'altra parte abbia posto in essere, nell'esecuzione delle prestazioni, un comportamento connotato da grave negligenza o malafede. L'amministrazione potrebbe decidere di risolvere il contratto stipulato. Il secondo giudizio spetta anch'esso all'amministrazione che, considerati nel modo anzidetto i pregressi rapporti negoziali, adotta, nell'esercizio di un potere pubblico, la determinazione con la quale esclude un'impresa da una gara ovvero annulla un'aggiudicazione già disposta.»;

RILEVATO che dai documenti versati in atti risulta che la stazione appaltante, a fronte di una presunta acclarata grave inadempienza commessa dalla SE.B.A.R. S.r.l. nel compimento delle prestazioni contrattuali determinata da un comportamento negligente o in malafede, tale da incrinare il rapporto fiduciario con il conseguente venir meno dell'affidabilità dell'impresa in questione al fine di aggiudicarle l'ulteriore affidamento, non abbia comunque deciso di risolvere il relativo contratto, ritrovandosi coinvolta in numerosi contenziosi azionati, alcuni dei quali tutt'ora pendenti, stante la divergenza delle posizioni rispettivamente assunte in ordine alle vicende relative proprio alla corretta esecuzione o meno del contratto del 1.10.2008 – 30.9.2014;

CONSIDERATO che la natura discrezionale dell'attività valutativa che la stazione appaltante è chiamata a compiere sulla effettiva portata in termini di rilevanza e gravità delle eventuali violazioni commesse da parte dell'operatore economico relativamente a pregressi rapporti contrattuali intercorsi con essa, è attività che non può certo essere sostituita da una valutazione dell'Autorità in sede di precontenzioso, tanto più che in caso di mancata disposta risoluzione contrattuale;

RITENUTO pertanto che è riservata all'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "G. Martino" di Messina ogni opportuna valutazione nell'ambito del proprio potere discrezionale circa il comportamento tenuto dalla SE.B.A.R. S.r.l. nei precedenti rapporti contrattuali,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che è riservata alla discrezionalità dell'amministrazione procedente ogni attività valutativa circa l'effettiva portata in termini di rilevanza e gravità delle eventuali violazioni commesse da parte dell'operatore economico relativamente a pregressi rapporti contrattuali intercorsi con essa.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 settembre 2015

Il segretario Maria Esposito