



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 266 DEL 14 marzo 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da MultiService S.p.A. – Procedura aperta per l’affidamento di servizi archivistici, di protocollazione, di gestione informatizzata delle richieste di intervento tecnico, di inserimento dati e di altri servizi tecnico-amministrativi di supporto a strutture dipendenti dalla Giunta regionale per il periodo di anni 3 (tre) – Importo a base di gara: euro 4.562.303,76 - S.A.: Regione Liguria

PREC 292/17/S

VISTA l’istanza acquisita al protocollo n. 45697 del 27 marzo 2017, con cui MultiService S.p.A. ha lamentato la mancata esclusione dalla gara in oggetto dell’aggiudicataria CNS-Consortio Nazionale Servizi Società Cooperativa asserendo che la stazione appaltante non avrebbe rilevato la sussistenza della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 (gravi illeciti professionali). In particolare, l’istante evidenzia che, prima dell’aggiudicazione definitiva, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 740/2017, ha ritenuto legittimo il provvedimento n. 25802 del 22 dicembre 2015 con cui l’AGCM ha accertato che CNS, in occasione di una gara bandita da Consip per l’affidamento di servizi di pulizia degli istituti scolastici di ogni ordine e grado, in concorso con altre imprese ha posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza contraria all’articolo 101 TFUE; inoltre, l’istante rileva che CNS è stata oggetto di misure di straordinaria e temporanea gestione in conseguenza di condotte riconducibili alla note vicende di cronaca denominate “Mafia Capitale”;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 12 settembre 2017 (nota prot. n. 106581);

VISTO quanto rilevato dalla Regione Liguria con nota acquisita al prot. n. 107425 del 14 settembre 2017 in ordine all’intervenuta pronuncia del TAR Liguria n. 640 del 23 giugno 2017 che, in accoglimento del ricorso esperito da CNS, ha annullato gli atti di gara a partire dalla verifica dell’anomalia dell’offerta e ha disposto la rinnovazione dell’attività amministrativa a partire da tale fase di gara e visto quanto altresì eccepito dalla stazione appaltante in relazione alla non definitività dell’accertamento del provvedimento dell’AGCM stante la impugnabilità della sentenza del Consiglio di Stato avanti la Corte di Cassazione;

VISTO quanto rilevato da CNS con nota acquisita al prot. n. 107922 del 18 settembre 2017 in ordine all’asserita inammissibilità dell’istanza di parere per sopravvenuta carenza di interesse conseguente all’annullamento della gara e visto quanto eccepito nel merito dalla controinteressata riguardo l’insussistenza delle condizioni per potere ritenere integrata la causa di esclusione del grave illecito professionale;

CONSIDERATO che l’istanza di precontenzioso è ammissibile e procedibile in quanto la procedura di gara è stata annullata limitatamente agli atti della fase di verifica dell’anomalia e deve essere rinnovata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dalla stazione appaltante, con conseguente perdurare dell'interesse dell'istante alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo al potenziale aggiudicatario;

VISTO che il ricorrere della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016 va valutato dalla stazione appaltante tenendo presente che acquisiscono rilevanza a tale fine gli illeciti professionali gravi tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento, secondo quanto disposto nelle 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»;

VISTO altresì che, secondo le richiamate Linee guida (che comunque rappresentano un parametro almeno interpretativo per l'applicazione della norma in esame anche per quelle gare che, come quella di specie, sono state indette prima della loro entrata in vigore), al ricorrere dei predetti presupposti, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare;

CONSIDERATO che, in ogni caso, le fattispecie elencate nell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 sono indicate a titolo esemplificativo e le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate nel Codice e nelle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dalla norma e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi;

CONSIDERATO che l'Autorità ha chiarito, con riferimento al previgente dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, che la norma rimette alle stazioni appaltanti il potere di accertare discrezionalmente la sussistenza e la gravità dell'inadempienza imputabile all'impresa concorrente (Anac Parere n. 37 del 08/03/2012, prec 281/11/L, parere 25 febbraio 2010 n. 42; parere 23 aprile 2008 n. 122) e che pertanto «L'Autorità non può sostituirsi alla stazione appaltante nella valutazione dell'illecito professionale ex art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, atteso che – per espressa previsione normativa – tale valutazione rientra nella competenza esclusiva della stessa SA» (Delibera n. 296 del 29 marzo 2017 AG 9/2017/AP);

CONSIDERATO che anche l'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016 demanda alla stazione appaltante la dimostrazione che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, così che, a fronte della dichiarazione sostitutiva resa dall'operatore economico, che deve avere ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico, «è (...) rimesso in via esclusiva alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione» (Linee guida cit.);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- spetta alla stazione appaltante valutare in concreto la rilevanza dei fatti richiamati dall'operatore economico ai fini dell'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, tenendo conto, a tal fine, anche dei provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 marzo 2018
Il segretario Maria Esposito