



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 814 DEL 26 settembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Riscossione Sicilia S.p.a. – Affidamento del servizio di gestione integrale del processo di notifica degli atti e dei documenti della riscossione in ogni sua fase, dalla stampa del documento alla digitalizzazione e alla rendicontazione finale degli atti - S.A. Riscossione Sicilia S.p.a. - Importo a base d'asta: euro 19.866.000,00

PREC 171/18/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 61389 del 12 luglio 2018, Riscossione Sicilia S.p.a. rappresenta che il concorrente _____OMISSIS_____ dichiarava, come prescritto dalla lex specialis della gara in oggetto, l'inesistenza di situazioni di conflitto di interesse, anche potenziale, ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tuttavia la commissione di gara riteneva che tale concorrente avrebbe dovuto dichiarare l'esistenza del contenzioso pendente con la S.A. in relazione al precedente contratto avente medesimo oggetto. La S.A. chiede quindi parere "circa la violazione o meno dell'art. 80, co. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 in merito all'affidabilità del concorrente" e se "l'omessa dichiarazione del contenzioso in atto possa essere ritenuta causa di esclusione" ai sensi dell'art. 80, co. 5 lett. f-bis) d.lgs. 50/2016.

Il citato concorrente trasmetteva proprie memorie con le quali riferiva di essere l'esecutore uscente del precedente contratto, a cui la S.A. proponeva altresì di prorogare il rapporto per il tempo necessario ad espletare la nuova gara. Esso riferiva inoltre che è effettivamente pendente un contenzioso innanzi al Tribunale Civile di Palermo, avente ad oggetto il ricorso, proposto dallo stesso Consorzio, per la concessione di decreto ingiuntivo al fine di ottenere il pagamento delle prestazioni eseguite. A tale ricorso si opponeva la S.A., in quanto riteneva le prestazioni eseguite non a regola d'arte, e tuttavia il Tribunale disponeva, in data 9 febbraio 2018, la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo.

Il concorrente rappresentava quindi di aver ricevuto, nella presente gara, richiesta da parte del RUP di fornire "documentati chiarimenti in ordine a quanto dichiarato circa l'inesistenza della condizione di conflitto di interesse, anche potenziale" con la S.A., con la precisazione successiva che tale situazione "non attiene all'art. 42, co. 2" bensì alla dichiarazione "di non avere giudizi pendenti" con la S.A..

Il concorrente dunque, nel ribadire di non trovarsi in alcuna situazione di conflitto di interesse, riteneva di non essere tenuto a dichiarare la mera sussistenza del giudizio pendente, dal momento che esso riguardava un contratto concluso per sua naturale scadenza e non interveniva alcuna pronuncia per inadempimento contrattuale né di condanna al risarcimento del danno.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

Con istanza di parere di precontenzioso la S.A. chiede se la suesposta vicenda possa integrare violazione dell'art. 80, co. 5 lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione all'affidabilità del concorrente, e se l'omessa dichiarazione del contenzioso pendente possa ritenersi causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, co. 5 lett. f-bis).

Si premette che il riferimento, operato dalla S.A., alla fattispecie di cui all'art. 42, co. 2 d.lgs. 50/2016 non appare pertinente, alla luce dell'esposizione dei fatti. Come evidenziato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, 14 maggio 2018, n. 2853), l'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 è espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi. Il secondo comma prevede che la fattispecie si concretizzi quando il personale di una stazione appaltante, che possa influenzare, in qualsiasi modo, il risultato di un'aggiudicazione, "ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione". "L'ampia portata della norma consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall'esterno, siano in grado di influenzarne il risultato" (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415). Quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto.

L'esistenza di un contenzioso pendente con la S.A. non appare rientrare pertanto nell'ambito della fattispecie sopra descritta.

Nel caso di specie, dopo una prima richiesta di chiarimenti, da parte della S.A., "circa l'inesistenza della condizione di conflitto di interesse, anche potenziale", al concorrente veniva contestato di aver dichiarato "di non avere giudizi pendenti" con la S.A.. Premesso che dagli atti emerge che il concorrente si limitava a dichiarare di non avere situazioni di conflitto di interesse, come prescritto dalla lex specialis, l'odierna richiesta di parere appare dunque circoscritta alla eventuale integrazione della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 e della successiva lett. f-bis) in relazione all'omessa dichiarazione del contenzioso pendente con la medesima S.A.

La norma citata stabilisce infatti che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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; [...] f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”.

Per ciò che concerne la fattispecie di cui all'art. 80, co. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 occorre richiamare le Linee guida Anac 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”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 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».

Occorre precisare che la giurisprudenza reputa meramente esemplificativa l'elencazione contenuta nella lettera c) della disposizione, desumendolo sia dal fatto che la stazione appaltante può fornirne la dimostrazione "con mezzi adeguati", sia dall'incipit del secondo inciso ("Tra questi rientrano: ...") che precede l'elencazione stessa (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; Tar Lazio Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119). E' stato dunque posto in evidenza dai giudici amministrativi che “anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi sub iudice, alla stazione appaltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione in discussione, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque "con mezzi adeguati, che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità". All'uopo occorre, però, che essa sia appunto in grado di far constare con i necessari supporti probatori, e con motivazione adeguata, la effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa, e perciò, correlativamente, la mera pretestuosità delle contestazioni da questa sollevate in giudizio avverso la misura risolutoria, oltre che, naturalmente, la dubbia "integrità o affidabilità" del medesimo operatore”. Inoltre “il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati dal legislatore, può rilevare comunque a fini escludenti qualora assurga al rango di "grave illecito professionale", tale da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, e deve pertanto ritenersi rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante la valutazione della portata di "pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto" simili effetti specifici, fermo restando che in tale eventualità i correlativi oneri di prova e motivazione incombenti sull'Amministrazione sono ben più rigorosi e impegnativi rispetto a quelli operanti in



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

presenza delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge” (Cons. giust. amm. Sicilia, Sent., 30 aprile 2018, n. 252).

Ciò implica che l'Amministrazione possa operare una valutazione discrezionale sulla gravità delle inadempienze, anche diverse da quelle elencate dalla norma, che siano tuttavia in grado di rendere dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente, con l'unico onere, in tal caso, di una motivazione rafforzata sull'esercizio di siffatta discrezionalità (Tar Marche Ancona Sez. I, 30 luglio 2018, n. 533).

Si osserva che nel caso di specie non emergono dagli atti del procedimento provvedimenti di risoluzione anticipata (anzi, al concorrente, in quanto gestore uscente, veniva chiesto di prorogare il servizio in attesa della nuova gara) o di condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie. Pertanto, l'ipotesi di esclusione per "grave illecito professionale", di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza dei presupposti debba essere valutata dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità (Cons. Stato Sez. III, Sent., 23 novembre 2017, n. 5467), 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» (Tar Campania sez. IV 5 gennaio 2018, n. 99).

In relazione all'ulteriore ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. f-bis), le richiamate Linee guida n. 6 specificano che la dichiarazione sostitutiva ha 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. [...] La falsa attestazione e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice”.

Come rappresentato in fatto, il concorrente avrebbe omissso, nel caso di specie, di dichiarare il contenzioso pendente con la stessa S.A. presso il Tribunale civile, avente ad oggetto il decreto ingiuntivo chiesto dal Consorzio stesso al fine ottenere dalla S.A. il pagamento delle fatture emesse in forza del precedente contratto, al quale la S.A. si opponeva in quanto riteneva le prestazioni eseguite non a regola d'arte. Pertanto la dichiarazione avrebbe avuto ad oggetto, non già provvedimenti adottati “astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente”, bensì la mera pendenza del predetto contenzioso, promosso dallo stesso concorrente, a seguito del quale il giudice, ritenute le ragioni a fondamento dell'opposizione non adeguatamente supportate, concedeva la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo. In proposito si osserva che non sembra potesse ritenersi doverosa la autodichiarazione attinente il predetto contenzioso pendente, che non aveva ad oggetto provvedimenti almeno astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

In conclusione, è rimesso in via esclusiva alla S.A. il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione, alla luce dei criteri dettati nelle sopra richiamate Linee guida e dalla giurisprudenza.

In base a quanto sopra considerato,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante la valutazione, assistita da una motivazione rigorosa, della portata di pregressi inadempimenti, tali da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico e che possano quindi rilevare a fini escludenti.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2018

Il Segretario Maria Esposito