



DELIBERA N. 432

30 settembre 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da RAI Radio Televisione Italiana S.p.A. – Procedura aperta per il servizio di accertamenti ematochimici, strumentali e visite specialistiche di supporto, per l'attività di sorveglianza sanitaria prevista dal d.lgs. n. 81/08 e s.m.i. per le sedi RAI di Roma, Milano, Napoli e Torino - Gara n. 9166495 - CIG LOTTO 1 RM: 9899924BB8. Importo a base di gara euro: 1.433.624,61. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.A.

UPREC - PREC 229-2024-S

Riferimenti normativi

Artt. 80, comma 8, e 83 del d.lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Bando di gara, interpretazione, contratto di punta, esecuzione delle prestazioni, *self cleaning*, valutazione.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Contratto di punta – Annualità – Momento di esecuzione delle prestazioni – Rilevanza – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente - Requisiti – Motivi di esclusione – Misure di *self cleaning* – Valutazione – Carattere discrezionale – Spettanza alla Stazione appaltante – Sussiste.

Ai fini del soddisfacimento del requisito di capacità tecnica e professionale, relativo al contratto di punta (con richiesta che "l'importo eseguito deve essere stato realizzato per intero con riferimento ad una sola delle annualità ricadenti nel triennio di riferimento"), in aderenza al criterio dell'interpretazione



letterale, occorre verificare se gli operatori abbiano eseguito prestazioni analoghe in un anno, compreso nel triennio, per un valore almeno pari all'importo minimo richiesto, a prescindere dall'annualità di fatturazione, che può essere anche successiva rispetto alla loro erogazione. Il significato della richiesta di un contratto di punta è, infatti, quello di selezionare un concorrente in grado di dimostrare di far fronte all'ammontare annuale delle prestazioni a base di gara, attraverso la prova di avere effettuato una analoga prestazione di importo equivalente a quello a base di gara.

Spetta in via esclusiva alla stazione appaltante valutare in concreto se le misure di self cleaning adottate da un operatore economico siano idonee e sufficienti a ristabilire la sua integrità o affidabilità professionale. La ratio di tale previsione è ravvisabile nella circostanza che solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 settembre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 87015 del 23 luglio 2024, con la quale RAI S.p.A. ha formulato all'Autorità due quesiti emersi in fase di riavvio del procedimento di verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario. In particolare, è stato chiesto se:

- i) ai fini del soddisfacimento del requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. III.1.3) del bando di gara – avere correttamente eseguito almeno un contratto (inteso come contratto di punta) avente ad oggetto servizi analoghi a quelli oggetto di gara in favore di un unico committente pubblico o privato per un importo annuale almeno pari a Euro 206.000 – è corretto considerare le annualità in cui sono state eseguite le prestazioni, anche se fatturate successivamente e se, ai fini del computo del triennio, occorre considerare quello antecedente la data di pubblicazione del bando e non l'annualità corrispondente all'esercizio finanziario;
- ii) riscontrata la pronuncia di due sentenze di patteggiamento per reati gravi a carico di un ex amministratore della Società aggiudicataria, cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, è corretto ritenere comprovata la completa ed effettiva dissociazione dell'aggiudicatario dalla condotta penalmente rilevante dell'ex amministratore alla luce della revoca con effetto immediato della carica di amministratore deliberata dall'assemblea e dell'acquisizione delle quote societarie di quest'ultimo;

RILEVATO che RAI S.p.A. (con nota prot. n. 18636/2024) aveva chiesto ad ANAC un parere di precontenzioso sulle medesime questioni prospettate con la presente istanza, ma, in seguito alla sopravvenienza di DURC non regolare a carico della Società, aveva rinunciato alla richiesta di parere, procedendo all'esclusione della Società dalla gara (impugnata dinanzi al TAR dalla diretta interessata). La presente istanza è stata presentata dalla SA in seguito al riavvio del procedimento di verifica dei requisiti di ordine speciale e di ordine generale nei confronti di LAB Doctor S.r.l. (Società aggiudicataria), con comunicazione del 2 luglio 2024 (prot. A/ITT/TCN/2788/P), successivamente all'annullamento del DURC



irregolare a carico di tale Società da parte dell'INPS e alla conseguente riammissione della Società nella procedura;

VISTA la trasmissione del modulo di precontenzioso a firma del Direttore Acquisiti di RAI del 4 settembre 2024, in riscontro alla richiesta di ANAC;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 102363 del 6 settembre 2024;

VISTA la memoria della Società aggiudicataria LAB Doctor S.r.l., acquisita al prot. ANAC n. 104458 del 12 settembre 2024;

PREMESSO che la presente gara ha ad oggetto l'affidamento delle attività necessarie a garantire gli adempimenti previsti dalla normativa vigente in materia di sorveglianza sanitaria, riguardanti l'effettuazione degli accertamenti clinici e biologici e indagini diagnostiche e strumentali, in rapporto ai rischi professionali, come individuati dal medico competente aziendale con specifici protocolli sanitari dedicati, suddiviso in quattro lotti di gara. Il Lotto n. 1 è relativo all'esecuzione di tali attività presso la sede RAI di Roma, con importo complessivo a base di gara di Euro 775.015,15, il lotto n. 2 riguarda la sede di Milano per Euro 251.158,96, il lotto n. 3 la sede di Napoli per Euro 172.726,11 e il lotto n. 4 la sede di Torino per Euro 234.724,39;

CONSIDERATO, con riferimento al primo quesito, che l'art. III.1.3) del bando di gara richiede come requisito di capacità professionale e tecnica un contratto di punta, precisamente di *"aver correttamente eseguito almeno un contratto (inteso come contratto di punta) avente ad oggetto servizi analoghi a quelli oggetto di gara (servizio di accertamenti ematochimici, strumentali e visite specialistiche di supporto, per l'attività di sorveglianza sanitaria) in favore di un unico committente pubblico o privato con un numero elevato di dipendenti e per un importo annuale almeno pari ai valori di seguito indicati per ciascun Lotto: Lotto 1 Roma Importo 206.000,00 e numero di dipendenti non inferiore a 1.800 [...]. L'importo eseguito deve essere stato realizzato per intero con riferimento ad una sola delle annualità ricadenti nel triennio di riferimento antecedente la pubblicazione del bando in GURI ed in favore di una singola committenza";*

RILEVATO che la questione controversa tra la SA e la Società aggiudicataria (LAB Doctor S.r.l.) riguarda l'interpretazione della disposizione di chiusura di tale clausola, laddove è richiesto all'operatore economico di avere svolto prestazioni per servizi analoghi per un determinato importo minimo (diverso a seconda del lotto di riferimento), con la precisazione che *"l'importo eseguito deve essere stato realizzato per intero con riferimento ad una sola delle annualità ricadenti nel triennio di riferimento"*. RAI S.p.A. ritiene che, ai fini del raggiungimento dell'importo contrattuale *"eseguito"* in una annualità, occorre considerare l'annualità in cui sono state eseguite le prestazioni anche se fatturate successivamente e che il triennio da considerare è quello antecedente la data di pubblicazione del bando sulla GURI, che non coincide con l'esercizio finanziario. La Società aggiudicataria sostiene, invece, che occorre prendere in considerazione l'intero valore economico del contratto di punta e che la previsione di un requisito di punta, parametrato al fatturato conseguito in un singolo anno, è illegittima, anche perché risente della contrazione dei fatturati durante l'emergenza Covid (citando a proprio sostegno la sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. III, 7 giugno 2023, n. 3509);

CONSIDERATO che è principio consolidato che nell'interpretazione dei bandi di gara assume carattere preminente la regola collegata all'interpretazione letterale, con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare; tuttavia, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, è necessario fare ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui rilevano quelli dettati dall'art. 1363 c.c., dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre, e dall'art. 1367



c.c., che, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, nel dubbio impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenerne gli effetti, piuttosto che quella che ne determini la privazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2023, n. 1589; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1439). Conseguentemente, può riprendere vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione, consentendo, per l'effetto, all'amministrazione di discostarsi da interpretazioni apparentemente letterali, ma non tutelanti il legittimo affidamento e la *par condicio* dei partecipanti (cfr. *ex multis* Delibera ANAC n. 159 del 24 febbraio 2021; Delibera n. 818 del 26 settembre 2018);

RITENUTO che la clausola in esame, in aderenza al criterio cardine dell'interpretazione letterale, va intesa nel senso che il contratto di punta deve riguardare prestazioni analoghe **eseguite** in un anno (compreso nel triennio giugno 2020-giugno 2023) per un valore almeno pari all'importo minimo richiesto dal bando, a prescindere dall'annualità di fatturazione. Infatti, dalla formulazione testuale della *lex specialis*, si evince che l'importo minimo richiesto (Euro 206.000 per il lotto 1) deve essere "*eseguito*" e "*realizzato per intero con riferimento ad una delle annualità*". Entrambe le espressioni utilizzate ("*importo eseguito*" e "*importo realizzato per intero*") si riferiscono al profilo relativo all'esecuzione delle prestazioni in un determinato segmento temporale e non alla fatturazione delle prestazioni contrattuali, che può essere anche successiva rispetto alla loro erogazione. D'altra parte, il significato della richiesta di un contratto di punta (nella logica del D.lgs. n. 50/2016) è quello di selezionare un concorrente in grado di dimostrare di far fronte all'ammontare annuale delle prestazioni a base di gara, attraverso la prova di avere effettuato una analoga prestazione di importo equivalente a quello a base di gara. Una diversa interpretazione della clausola – nel senso, cioè, di considerare l'intero importo contrattuale e non la quota annua, come sostiene la Società aggiudicataria – oltre a contrastare con il dato letterale, non sarebbe sostenibile secondo un approccio logico-sistematico, in quanto andrebbe a snaturare la funzione dimostrativa della elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, che il contratto di punta intende assolvere (cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2020, n. 284, che, in un caso analogo, ha statuito che "*Se si interpretasse la norma nel senso di consentire che l'importo cospicuo del "contratto di punta" (pari all'80% dell'importo annuo posto a base di gara) venisse diluito nel corso di più annualità, come sostiene la ricorrente, risulterebbe snaturata la funzione dimostrativa della elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa, che il "contratto di punta" intende assolvere. È ragionevole, in altri termini, interpretare la clausola nel senso che il concorrente debba dimostrare di essere in grado di far fronte all'ammontare annuale della prestazione a base di gara attraverso la prova di avere effettuato una analoga prestazione di importo di poco inferiore (l'80%). Né siffatta interpretazione contrasta con il principio di massima concorrenzialità, atteso che la stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche (Consiglio di Stato sez. V, 22/01/2015, n.259; Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3081)*");

RITENUTO che la sentenza del TAR Campania, Napoli n. 3509/2023 (citata dalla Società aggiudicataria) non sia pertinente con la procedura in esame, perché la clausola della *lex specialis* era completamente diversa, in quanto, ai fini del servizio "di punta" richiedeva che "*gli importi da considerare ai fini del requisito sono quelli riferiti al valore complessivo di ogni singolo appalto gestito (e non alla sua quota annua)*". In quel caso la SA aveva, dunque, espressamente prescelto come parametro di riferimento non la quota annua dell'appalto, ma il valore complessivo affidato ad un operatore economico nell'arco di un triennio, escludendo esplicitamente la riferibilità del requisito al fatturato annuo. Diametralmente



opposta è la formulazione della clausola *de qua* da parte di RAI S.p.A., nella quale si richiede espressamente l'importo annuale del contratto di punta e si precisa che tale importo deve riferirsi a prestazioni realizzate in una annualità ricadente nel triennio di riferimento; escludendo, in tal modo, che si possa considerare il valore complessivo del contratto nel corso del triennio;

CONSIDERATO, inoltre, che per pacifico orientamento, per la dimostrazione della capacità tecnica e professionale (in cui rientra la richiesta di un contratto di punta), il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economica e finanziaria, che ricomprende i tre anni solari (dal 1° gennaio) antecedenti la data del bando (cfr. da ultimo Delibera ANAC n. 227 del 24 maggio 2023);

RITENUTO, pertanto, che sia corretta l'interpretazione della clausola prospettata dalla RAI che ha individuato come triennio utile per la dimostrazione del contratto di punta quello del 27 giugno 2020-27 giugno 2023, ovvero i tre anni decorrenti a ritroso dalla data di pubblicazione del bando avvenuta il 27 giugno 2023, richiedendo (per l'affidamento del lotto di gara n. 1) che i concorrenti abbiano eseguito un contratto per prestazioni analoghe realizzate in un anno compreso in questo arco temporale, per un importo annuo di almeno Euro 206.000. Tale importo va, dunque, verificato con riferimento a prestazioni analoghe espletate nelle annualità 27 giugno 2020-27 giugno 2021 oppure 27 giugno 2021-27 giugno 2022 oppure 27 giugno 2022-27 giugno 2023, a prescindere sia dalla data di emissione delle fatture, sia dal valore complessivo del contratto;

CONSIDERATO, inoltre, che, quando una Stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio della futura gara, la stessa è tenuta alla puntuale osservanza di quelle prescrizioni ed è obbligata alla loro applicazione, in ragione dei principi di affidamento e di parità di trattamento tra i concorrenti. Nel caso in cui la Società LAB Doctor S.r.l. avesse voluto censurare la ragionevolezza della clausola (contestando la esigibilità del requisito di punta in un triennio condizionato dalla diffusione della pandemia da Covid-19) avrebbe dovuto procedere all'immediata impugnata della *lex specialis* di gara, entro 30 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI. Non avendolo fatto, tale Società non è più nei termini per censurare la ragionevolezza e proporzionalità di tale clausola, alla cui applicazione la SA è vincolata;

CONSIDERATO, con riferimento al secondo quesito, relativo alla valutazione delle misure di *self cleaning*, che è principio pacifico, sia in vigore del D.lgs. n. 50/2016 (che regola la presente procedura) che del D.lgs. n. 36/2023, che spetta in via esclusiva alla Stazione appaltante valutare le singole misure di *self cleaning* adottate dalla Società LAB Doctor per dissociarsi dalla condotta illecita tenuta da un suo ex amministratore, cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando. Come evidenziato dall'Autorità (cfr. Delibera n. 231 del 4 marzo 2020), spetta in via esclusiva alla Stazione appaltante valutare le singole misure di *self cleaning* adottate da un operatore economico e l'Autorità non può sostituirsi alla Stazione appaltante;

CONSIDERATO, infatti, che l'art. 80, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 (disponendo testualmente "*se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto...*") demanda espressamente alla Stazione appaltante la valutazione relativa alla idoneità e sufficienza delle suddette misure per dimostrare l'integrità o l'affidabilità dell'operatore. Anche le Linee Guida ANAC n. 6, al par. VII, avevano precisato che "*le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata*" e che "*la stazione*



appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione" (sul carattere discrezionale della valutazione della S.A. cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158 e del 24 gennaio 2019, n. 598, nonché CGUE, 24 ottobre 2018, C-124/17, nella quale viene affermato che *"spetta a quest'ultima [amministrazione aggiudicatrice] valutare non solo se sussista un motivo di esclusione di un operatore economico, ma anche se, eventualmente, tale operatore economico abbia effettivamente ristabilito la sua affidabilità"*). Il nuovo Codice, all'art. 96, comma 6, conferma il carattere discrezionale del giudizio spettante alla Stazione appaltante, stabilendo che *"le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico"*. Permane, dunque, un significativo margine di apprezzamento della Stazione appaltante circa la sussistenza del requisito di affidabilità dell'operatore economico, nell'ambito di un potere di carattere discrezionale, soggetto a controllo giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità e irragionevolezza;

CONSIDERATO altresì che la valutazione relativa alla idoneità e alla sufficienza delle misure adottate dall'operatore economico va necessariamente effettuata caso per caso dalla Stazione appaltante, previo contraddittorio con l'operatore, e non può essere demandata ad un soggetto diverso né può essere svolta *ex ante*. D'altra parte, la ratio della previsione della prerogativa esclusiva della stazione appaltante è ravvisabile nella circostanza che solo quest'ultima è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, in quanto le misure adottate non sono considerate sufficienti (in ragione dell'oggetto e delle caratteristiche tecniche dell'affidamento nonché dell'interesse perseguito attraverso quest'ultimo) ai fini dell'ammissione ad una specifica procedura di gara;

RILEVATO che, da quanto riferito nel modulo di precontenzioso, nel caso di specie, la RAI S.p.A. avrebbe già svolto la propria valutazione discrezionale concludendo nel senso della sufficienza delle misure adottate dalla Società per dissociarsi dalla condotta illecita posta in essere dall'ex amministratore della Società Lab Doctor S.r.l. Viene testualmente affermato che *"la scrivente ritiene comprovata la completa ed effettiva dissociazione sulla base dei seguenti elementi: (...) Considerato che nel caso di specie, l'operatore, prima dell'indizione della gara in oggetto, ha proceduto con: - delibera assembleare del 07.09.2022, anche prima delle sentenze di condanna, a revocare con effetto immediato l'amministratore unico dalla relativa carica; - atto del 28.07.2023, prima di partecipare alla gara, ad acquistare le quote societarie, pari al 3.333%, possedute da ex amministratore unico; ponendo, pertanto, in essere atti concreti ed effettivi finalizzati immediatamente a "separare" la propria posizione dalle vicende interessanti il legale rappresentante, valutando, pertanto, la gravità delle contestazioni della Procura e gli effetti negativi idonei di per sé a far venire meno il vincolo fiduciario per la prosecuzione della carica. Il momento della partecipazione alla gara, congiunto alla serietà della dissociazione, rappresenta l'elemento che segna, ad avviso della Scrivente, il discrimine affinché possa dirsi avverata l'esimente contemplata dalla norma (cfr. T.A.R. Campania 06741/2022). È, inoltre, pacifico che i reati contestati all'ex amministratore unico dell'aggiudicataria sono stati commessi al di fuori delle sue funzioni di amministratore e, pertanto, l'unico collegamento fra la società e quei fatti era dato dall'incarico di amministratore svolto. Una volta revocato l'incarico, non vi è più collegamento e pertanto, ad avviso della Scrivente, si può ritenere verificata la "effettiva e completa dissociazione" da ritenersi ultimata interrompendo ogni nesso di identificazione e di collegamento presunto tra il soggetto cessato e la società stessa con l'estromissione del soggetto dalla compagine societaria prima della partecipazione alla gara (cfr. determinazione ANAC n. 1 del 16 maggio 2012)"*;



RITENUTO che tale valutazione sia di esclusiva spettanza della SA e che, nel caso di specie, non si ravvisano palesi elementi per sindacarne la logicità e ragionevolezza. Rimane, tuttavia, fermo che, con riferimento al primo quesito, spetta alla SA effettuare la verifica della sussistenza del requisito del contratto di punta (di cui all'art. III.1.3 del bando) in capo alla LAB Doctor S.r.l., procedendo all'esclusione dell'operatore dalla gara (*rectius* alla decadenza dell'aggiudicazione) in caso di carenza o mancata comprova del requisito nei termini sopra precisati.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- è corretta l'interpretazione della Stazione appaltante della clausola di cui all'art. III.1.3) del bando, nel senso che, in aderenza al criterio cardine dell'interpretazione letterale, il contratto di punta deve riguardare prestazioni analoghe eseguite in un anno (compreso nel triennio giugno 2020-giugno 2023) per un valore almeno pari all'importo minimo richiesto dal bando, a prescindere dall'annualità di fatturazione;
- spetta alla SA effettuare la verifica della sussistenza del suddetto requisito in capo alla LAB Doctor S.r.l., procedendo all'esclusione dell'operatore dalla gara (*rectius* alla decadenza dell'aggiudicazione) in caso di carenza o mancata comprova del requisito nei termini sopra precisati;
- spetta in via esclusiva alla Stazione appaltante valutare le singole misure di *self cleaning* adottate dalla Società LAB Doctor per dissociarsi dalla condotta illecita tenuta da un suo ex amministratore, cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente