



DELIBERA N. 327

12 luglio 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dal RTI costituendo tra MITSA S.r.l. e TECHNODAL S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli impianti aereaulici e sanificazione dell'aria ambientale per l'IRCCS "Saverio De Bellis" di Castellana Grotte (Bari) oltre al servizio per il controllo, prevenzione e contenimento dei rischi da agenti microbiologici, compreso legionella, negli impianti idrici di distribuzione dell'acqua sanitaria - Importo a base di gara euro: 1.980.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Ente Ospedaliero Specializzato in Gastroenterologia Istituto Nazionale di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico S. De Bellis - I.R.C.C.S. Saverio de Bellis

UPREC/PRE/572/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis) d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Grave illecito professionale, indagini penali

Massima

Appalto pubblico – Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Grave illecito professionale – Indagini penali – In corso di gara – Rilevanza – Sussiste.

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Grave illecito professionale – Indagini penali – Valutazione – Discrezionalità - Necessità.

Il principio del necessario possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità impone una valutazione effettiva, in concreto ed esplicita (da svolgersi in contraddittorio con l'operatore economico coinvolto) dei fatti, anche sopravvenuti in corso di gara, astrattamente integranti un grave



illecito professionale, tra cui vi rientra anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria.

La discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nella valutazione dei gravi illeciti professionali non riguarda l'an (cioè la scelta se valutare o meno i requisiti di affidabilità professionale dell'aggiudicatario), ma il quid (cioè il contenuto finale che può avere il provvedimento conclusivo del processo valutativo). Pertanto, pur trattandosi di una valutazione di estrema delicatezza rimessa al suo attento vaglio, la stazione appaltante non può omettere di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale della società aggiudicataria, in presenza di indagini penali e di misure cautelari per reati gravi.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 luglio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 33811 del 3 maggio 2023, con cui il costituendo RTI con mandataria la Soc. Mitsa S.r.l. e mandante la Soc. Technodal S.r.l. ha contestato l'aggiudicazione dei servizi in oggetto in favore del costituendo RTI tra SELPA s.r.l. e AIRLEG s.r.l.;

VISTE le plurime censure sviluppate nell'istanza di precontenzioso, così riassumibili:

- omessa comunicazione da parte del RTI aggiudicatario delle dimissioni rassegnate, prima dell'aggiudicazione, dal legale rappresentante della Soc. Airleg, Sig. Labianca Marco. Dall'esame del verbale di assemblea, depositato presso il registro della camera di commercio, si evincerebbe che il Sig. Labianca è stato costretto a dimettersi dalla carica di Amministratore Unico a seguito di vicissitudini personali in riferimento ad attività svolte nell'interesse della Società, restando comunque socio di maggioranza. Dalla lettura di articoli pubblicati *on line*, l'istante rappresenta di aver appreso che il Sig. Labianca Marco sarebbe accusato di turbativa d'asta e turbata libertà di scelta del procedimento di scelta del contraente e che sarebbe stato posto agli arresti domiciliari su richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Foggia in data 17 gennaio 2023 e successivamente rimesso in libertà dal Tribunale del Riesame di Bari il 6 febbraio 2023. Sempre per quanto si apprende dai citati quotidiani *on-line*, le indagini avrebbero accertato la presunta manipolazione di gare di appalto bandite dall'Azienda Ospedaliera Universitaria «Ospedali Riuniti» di Foggia. L'omissione dichiarativa, già di per sé sanzionabile con l'esclusione dalla gara, avrebbe impedito alla Stazione Appaltante di valutare tempestivamente i fatti ai fini della configurabilità di un potenziale grave illecito professionale ex art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. 50/2016 ovvero ex art. 80 comma 5 lett. c-bis) del D.Lgs. 50/2016, per aver omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
- Violazione della normativa in tema di tracciabilità dei flussi finanziari, per aver prodotto il rti costituendo, a comprova del possesso dei requisiti dichiarati in fase di partecipazione alla gara, fatture prive dell'indicazione del CIG;
- Produzione da parte della Soc. Selpa S.r.l. di certificazioni di qualità non rilasciate da organismi accreditati e comunque scadute a seguito della presentazione delle offerte;
- Assenza, in capo alla Soc. Airleg S.r.l., del requisito di idoneità soggettiva dell'essere socio AIISA;



- Sottoscrizione della risposta alla richiesta di giustificativi del costo della manodopera da parte della sola SELPA s.r.l., come se il RTI fosse stato effettivamente costituito, circostanza non provata con la trasmissione del relativo atto di costituzione;
- Omessa integrale estensione degli atti di gara e, in particolare, dell'offerta tecnica del RTI aggiudicatario;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 36355 del 12 maggio 2023;

VISTE le memorie, acquisite al prot. n. 40285 del 25 maggio 2023, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 è configurabile solo in presenza di una sentenza penale di condanna e non anche nel caso di mero avvio di indagini penali o di irrogazione di una misura cautelare personale. Per le medesime ragioni non sarebbero stati valutati alcuni articoli riportati sul web circa indagini penali che avrebbero riguardato i vertici della Soc Technodal S.r.l. per falsificazione dei dati di analisi di laboratorio. In merito alle altre censure, la Stazione appaltante ha rilevato, per un verso, che la valutazione delle offerte tecniche rientra nella più ampia discrezionalità tecnica della Stazione appaltante, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza, illogicità o abnormità dei giudizi espressi e, dall'altra, che il RTI aggiudicatario avrebbe comunicato l'opposizione all'accesso agli atti relativi alla propria offerta tecnica;

VISTO il vigente Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO, quanto all'omessa dichiarazione delle dimissioni rassegnate, in corso di gara, dal legale rappresentante e socio di maggioranza della Soc. Airleg a r.l. e delle motivazioni che ne sono alla base, che l'Autorità ha già avuto occasione di chiarire che la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria, pur non producendo un automatico effetto espulsivo dell'operatore economico e non essendo idonea a determinarne l'esclusione per falsa dichiarazione (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice), è riconducibile all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice laddove il concorrente non abbia assolto l'obbligo informativo ed è valutabile dalla SA quale grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c). In particolare, "la sussistenza di carichi pendenti può considerarsi un'informazione dovuta, quand'anche il corrispondente obbligo dichiarativo non sia previsto dalla *lex specialis*, nel caso in cui riguardi fattispecie di reato che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono in grado di incidere sulla valutazione di moralità o affidabilità dell'operatore economico. (...) una simile valutazione deve essere svolta, di volta in volta, dalla stazione appaltante che, nell'esercizio della propria discrezionalità, deve valutare la gravità dei fatti e il loro inquadramento come grave illecito professionale" (Delibera Anac n. 146 del 30 marzo 2022; Delibera ANAC n. 1050 del 2 dicembre 2020). Pertanto, la sopravvenienza, in corso di gara, di una indagine penale a carico del legale rappresentante della società risultata aggiudicataria in relazione a fattispecie di reato gravi avente ad oggetto condotte corruttive presuntivamente commesse nell'ambito di altra gara di appalto indetta da altra Amministrazione impone, per un verso, all'operatore economico l'obbligo di informare la SA della pendenza delle indagini e dell'adozione della misura cautelare nei confronti del legale rappresentante della società, per altro verso, impone alla SA di effettuare una valutazione concreta ed effettiva sulla rilevanza di quei fatti quale grave illecito professionale;

RITENUTO, pertanto, che, pur trattandosi di una valutazione di estrema delicatezza rimessa all'attento vaglio della stazione appaltante e necessitante, da parte di quest'ultima, di puntuali valutazioni, argomentazioni e riscontri, la SA non può omettere di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale della società aggiudicataria e sulla incidenza delle indagini penali e delle misure cautelari emesse. Come previsto nelle Linee Guida Anac n. 6, si tratta di una valutazione discrezionale che compete



in via esclusiva alla SA, previo contraddittorio con l'operatore economico, che, però, deve obbligatoriamente essere svolta dalla stazione appaltante, trattandosi di esercizio di un potere doveroso;

RITENUTO, peraltro, che non può essere addotta a giustificazione della mancata valutazione dei fatti che hanno riguardato il legale rappresentante della Soc. Airleg S.r.l. il rispetto della *par condicio*, ovvero l'aver adottato una analoga decisione (di non valutazione) in merito ai fatti di cronaca che hanno investito il legale rappresentante della Soc. Technodal S.r.l. Il rispetto della normativa di settore impone, infatti, alla Stazione appaltante l'avvio di un procedimento in contraddittorio con entrambe le imprese per assumere le doverose statuizioni circa la sussistenza e permanenza dei requisiti di ordine generale, tanto più in presenza di dubbi – chiaramente manifestati nel corso del presente procedimento di precontenzioso – circa l'affidabilità dei concorrenti;

CONSIDERATO, quanto alle ulteriori questioni sollevate dall'istante, che, per quanto parzialmente fondate, non appaiono tuttavia idonee ad inficiare l'aggiudicazione del servizio in oggetto in favore del RTI Selpa S.r.l. – Airleg S.p.A.;

RILEVATO, quanto alla mancata indicazione del CIG in talune delle fatture prodotte dal RTI a comprova dei requisiti autodichiarati in fase di gara, che, come noto, nonostante il codice identificativo di gara (CIG) non rientri tra gli elementi necessari della fattura indicati all'articolo 21 del DPR n. 633 del 1972, l'art. 25, comma 2, del d.l. 66/2014, conv. con modifiche nella L. 89/2014 ha previsto che *"Al fine di assicurare l'effettiva tracciabilità dei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, le fatture elettroniche emesse verso le stesse pubbliche amministrazioni riportano il Codice identificativo di gara (CIG), tranne i casi di esclusione dell'indicazione dello stesso nelle transazioni finanziarie così come previsto dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 7 luglio 2011, n. 4, e i casi di esclusione dall'obbligo di tracciabilità di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136"*. Il successivo comma 3 del citato articolo 25 dispone, inoltre, che *"Le pubbliche amministrazioni non possono procedere al pagamento delle fatture elettroniche che non riportano i codici Cig e Cup ai sensi del comma 2"*. L'Agenzia delle Entrate, nella risposta all'interpello n. 436/2019, ha chiarito che l'omissione in fattura di elementi che non pregiudicano la validità fiscale della stessa (CIG errato o mancante) può essere sanata mediante l'invio di un nuovo documento utile ad integrare i dati mancanti nel documento originario. Pertanto, fermo restando che, nella presente vicenda, non è dato sapere se l'impresa abbia effettivamente integrato i dati mancanti nel documento originariamente emesso attraverso l'invio di successivi atti, in ogni caso la vicenda segnalata dall'istante presenta riflessi meramente fiscali e non pregiudica il possesso dei requisiti autodichiarati in fase di gara dal concorrente, conformemente, peraltro, all'art. 3, comma 9bis della L. 136/2010 che sanziona con la risoluzione del contratto solo il mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero degli altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;

RILEVATO, quanto al requisito dell'iscrizione, da almeno 3 (tre) anni, ad associazioni nazionali ed internazionali esperte nel settore oggetto di gara, AIISA - NADCA (Associazione Italiana Igienisti Sistemi Aeraulici- National Air Duct Cleaners Association), che è sufficiente osservare come lo stesso requisito sia stato richiesto nel disciplinare di gara solo per la prestazione afferente il servizio di pulizia e sanificazione degli impianti aeraulici e sanificazione dell'aria ambientale, assunta integralmente dalla mandante Soc. Selpa S.r.l., con la conseguenza che la mandataria, Soc. Airleg S.r.l., non era tenuta al possesso in proprio del requisito;

CONSIDERATO, per quanto concerne le certificazioni di qualità prodotte dalla Soc. Selpa S.r.l., che appare fondata la contestazione sollevata dall'istante circa l'avvenuta scadenza, in corso di gara, della



certificazione EN ISO 9001 e sul doveroso controllo da parte della Stazione appaltante del suo aggiornamento. Non risulta, invece, condivisibile la contestazione relativa alla presunta invalidità di alcune delle certificazioni prodotte. Invero, sia sulla certificazione ISO 14001:2015 sia sulla certificazione ISO 45000:2018, risulta apposto il timbro della Grupul de Certificare Sisteme de Management S.r.l., che, da un controllo effettuato sul sito internet dell'Ente nazionale unico romeno RENAR, risulta accreditata con n. SM068;

CONSIDERATO, quanto al difetto di sottoscrizione della Soc. Airleg S.r.l. sui giustificativi del costo della manodopera, che tale mancanza non è idonea a determinare l'esclusione dell'impresa dalla gara, neppure nel caso in cui il RTI non fosse stato già costituito. Occorre, infatti, rilevare che dal combinato disposto degli art. 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d) del Codice tale conseguenza è positivamente prevista solo per l'ipotesi in cui la Stazione appaltante accerti che il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16. Inoltre, dalla lettura della Determina di aggiudicazione, si evince che la richiesta di presentazione dei giustificativi è stata trasmessa dalla Stazione appaltante solo alla Soc. Selpa S.r.l., di talché appare plausibile ritenere che la stessa, fornendo giustificazioni per la complessiva voce di costo della manodopera indicata in offerta, abbia valutato sufficiente apporre solo la propria sottoscrizione. In altri termini, il difetto parziale di sottoscrizione della mandante sembra essere stato indotto dalla stessa Stazione appaltante e riconducibile ad un errore scusabile, determinato anche dall'assenza di espresse indicazioni normative, ovvero contenute nella *lex specialis*, o di orientamenti giurisprudenziali sul soggetto tenuto alla sottoscrizione delle giustificazioni dei costi della manodopera nel caso in cui destinatario della proposta di aggiudicazione sia un raggruppamento temporaneo di imprese;

CONSIDERATO, infine, che è inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento di precontenzioso la questione relativa al diniego opposto dalla Stazione appaltante all'ostensione integrale degli atti di gara. Il Consiglio, infatti, nell'adunanza del 3 aprile 2019, ha riconosciuto che l'Autorità non ha competenze di vigilanza in materia di accesso agli atti di cui alla legge 241/90 e, nell'adunanza del 12 ottobre 2022, ha declinato la propria competenza anche sulle questioni concernenti l'operatività, in fattispecie concrete, dei limiti all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 bis, comma 2, lett. c) del d.lgs. 33/2013, trattandosi di valutazioni con implicazioni di merito rimesse esclusivamente alla Pubblica Amministrazione. Per tali ragioni, non sussiste, nel caso di specie, una "questione controversa sorta in fase di gara" che valga a incardinare la competenza dell'Autorità;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che le contestazioni sollevate dall'istante avverso l'aggiudicazione del servizio in oggetto in favore del costituendo RTI tra le Soc. Selpa S.r.l. e Airleg S.p.A. risultano fondate con riferimento alla mancata valutazione da parte della Stazione appaltante - con conseguente illegittimità del relativo operato - delle indagini penali e della misura cautelare personale disposta nei confronti del legale rappresentate e socio di maggioranza della Soc. Airleg S.r.l. e alla mancata verifica dell'aggiornamento della certificazione di qualità ISO 9001:2015 prodotta in gara dalla Soc. Selpa S.r.l. e scaduta in data 16 febbraio 2023.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 luglio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente