

DELIBERA N. 72 DEL 24 gennaio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Costituenda ATI Cericola S.r.l. – AGRI biotec a r.l. – Vincenzo Russo Costruzioni S.r.l. e da Centrale unica di committenza Comuni di Cava de' Tirreni e Castellabate – Progetto operativo di bonifica, ripristino ambientale e messa in sicurezza permanente dell'ex discarica R.S.U. in Località Cannetiello – Fraz. S. Pietro – S.A. - Centrale unica di committenza Comuni di Cava de' Tirreni e Castellabate - Importo a base d'asta: euro 1.904.704,09

PREC 358/17/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza congiunta di parere prot. n. 134364 dell'11 dicembre 2017, la Centrale unica di committenza dei Comuni di Cava de' Tirreni e Castellabate, e la concorrente costituenda ATI Cericola S.r.l. – AGRI biotec a r.l. – Vincenzo Russo Costruzioni S.r.l., seconda in graduatoria, chiedono se sia da ritenere quale grave errore professionale, a carico dell'aggiudicataria provvisoria Smeda S.r.l., l'aver rifiutato di sottoscrivere un precedente contratto di appalto, e se quindi tale circostanza, peraltro non dichiarata, sia tale da legittimare l'esclusione della concorrente stessa dalla gara in oggetto.

La seconda classificata costituenda ATI Cericola S.r.l. evidenzia in particolare che l'aggiudicataria provvisoria Smeda S.r.l. dichiarava, nella gara in oggetto, di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, mentre in realtà era stata destinataria di un provvedimento di escusione in danno della cauzione provvisoria per mancata sottoscrizione del contratto, all'esito di una gara d'appalto indetta da altra stazione appaltante.

La Smeda S.r.l., nel sottolineare la rilevanza dei soli comportamenti tenuti con dolo o colpa grave, rappresenta che, nel precedente in questione, il preventivo di un proprio fornitore recava un errore materiale e ciò aveva inciso in maniera determinante sulla possibilità di eseguire l'appalto. Riferisce poi che, in quel caso, la S.A., preso atto della rinuncia alla stipula, aveva ritenuto solamente di incamerare la polizza fideiussoria senza neppure procedere a comunicare il fatto all'Anac.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la valutazione di eventuali precedenti comportamenti gravi e significativi del concorrente, ai fini dell'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Nel caso di specie, la concorrente Smeda S.r.l. dichiarava in sede di gara di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali e tuttavia emergeva, a suo carico, un precedente episodio di escusione della cauzione per mancata sottoscrizione del contratto.

L'art. 80, co. 5, lett. c), d.lgs. 50/2016 stabilisce 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 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».

Con le Linee guida di attuazione 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». Ha fornito poi indicazione delle situazioni che possono assumere rilevanza a tal fine, fra le quali l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte, o l'adozione di comportamenti scorretti.

Con riferimento, inoltre, ai comportamenti gravi posti in essere invece durante lo svolgimento della procedura di gara, la S.A. è chiamata a valutare, ai fini di un'eventuale esclusione, i comportamenti, posti in essere con dolo o colpa grave, volti a ingenerare nell'amministrazione un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione, come ad esempio la presentazione

di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti.

Le Linee guida rammentano che la sussistenza delle cause di esclusione in parola deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante il DGUE, con dichiarazione recante tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. «E' infatti rimesso in via esclusiva alla S.A. il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione [...] La stazione appaltante che venga a conoscenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa verifica in ordine alla veridicità dei fatti».

Infine, l'esclusione dalla gara va disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato, e la rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che:

- 1 le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità;
- 2 l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare;
- 3 l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali

recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

In conclusione, al quesito posto dalla S.A. se il rifiuto, da parte dell'aggiudicataria, di sottoscrivere un precedente contratto per «impossibilità di poter realizzare l'opera secondo l'offerta presentata» integri gli estremi del grave illecito professionale, e costituisca legittimo motivo di esclusione in una successiva procedura di gara d'appalto, non può che rinviarsi ai criteri dettati nelle richiamate Linee guida, essendo rimesso in via esclusiva alla S.A. il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione.

Si rileva tuttavia che, come specificato nelle sopra citate Linee guida, il concorrente era tenuto a dichiarare tutti i provvedimenti astrattamente idonei a essere valutati dalla S.A. a tal fine, e pertanto la S.A. era legittimata a richiedere l'integrazione documentale, fatta salva ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa (Parere n. 125 del 15 luglio 2015).

Come già nel regime previgente, infatti, l'apprezzamento discrezionale della gravità degli episodi di negligenza addebitati all'impresa concorrente non può che restare riservato alla competenza della stazione appaltante, cui non può surrogarsi con valutazioni di merito dell'Autorità di Vigilanza (Parere n. 124 del 19 luglio 2012).

Anche la giurisprudenza ha specificato che l'ipotesi di esclusione per "grave illecito professionale", di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza del presupposto in presenza del quale deve essere disposta l'esclusione debba essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità (Cons. Stato Sez. III, Sent., 23 novembre 2017, n. 5467). 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 base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

-
- il concorrente era tenuto a dichiarare tutti i provvedimenti astrattamente idonei a essere valutati dalla S.A., e pertanto la S.A. era legittimata a richiedere l'integrazione documentale, fatta salva ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa;
-
- l'apprezzamento discrezionale della gravità degli episodi di negligenza addebitati all'impresa concorrente è riservato alla competenza della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 gennaio 2018

Il Segretario Valentina Angelucci