



DELIBERA N. 226

24 maggio 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Treviso – Procedura aperta telematica per l'affidamento in concessione del servizio di riscossione coattiva delle entrate comunali - Importo a base di gara: euro 512.896,05 – S.A. Comune di Treviso - **istanza presentata singolarmente**

PREC 528/2023/S

Riferimenti normativi

Articolo 87 d.lgs. n. 50/2016;

Parole chiave

Comprova requisiti – certificazione di conformità - ISO 27001 – imputabilità - misure equivalenti – discrezionalità

Massima

Comprova requisiti – certificazione di conformità ISO 27001 – imputabilità – dimostrazione misure equivalenti – discrezionalità della stazione appaltante

La stazione appaltante è tenuta a prendere in considerazione altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità solo nel caso in cui il concorrente dimostri di non aver potuto presentare le necessarie certificazioni per cause a lui non imputabili.

In assenza di idonea certificazione, l'amministrazione è chiamata a valutare in concreto l'idoneità delle misure adottate dall'impresa per garantire la qualità; pertanto, in relazione a prove non supportate da alcuna certificazione emessa da organismi accreditati, le imprese sono tenute a sottoporsi al giudizio discrezionale della stazione appaltante.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 25379 del 29 marzo 2023 presentata dal Comune di Treviso che, con riguardo alla gara per l'affidamento in concessione del servizio di riscossione coattiva delle proprie entrate, chiede parere all'Autorità in relazione alla possibilità di escludere l'aggiudicatario Area S.r.l., a



seguito del controllo dei requisiti, per carenza di certificazione di conformità alla norma UNI CEI EN ISO/IEC 27001 del proprio sistema di gestione della sicurezza informatica, richiesta dal disciplinare di gara ai fini della partecipazione. In particolare il Comune rappresenta che Area S.r.l. aveva dichiarato in sede di partecipazione, così come ammesso dal disciplinare, che il proprio sistema di gestione della sicurezza informatica soddisfaceva gli standard richiesti, allegando documentazione a comprova delle misure tecniche di gestione adottate, unitamente a una dichiarazione rilasciata dall'organismo di certificazione TÜV Thüringen che attestava che Area S.r.l. aveva dato avvio all'iter di certificazione. L'o.e. veniva quindi ammesso alla gara e risultava aggiudicatario. Nel corso della fase di comprova dei requisiti, a seguito di espressa richiesta della stazione appaltante del 21 dicembre 2022 di fornire attestazione dell'esito dell'iter di certificazione, l'ente certificatore TÜV Thüringen comunicava di aver ceduto tale attività all'azienda partner Quality Italia S.r.l. e dichiarava di non aver potuto portare a termine l'iter già avviato per cause non imputabili all'operatore economico bensì a causa di proprie difficoltà tecniche, ma che l'iter certificativo era da considerare iniziato prima della scadenza per la presentazione delle offerte. Il successivo 2 febbraio 2023 interveniva quindi una nuova comunicazione di avvio dell'iter per il rilascio della certificazione da parte di Quality Italia S.r.l. e nello stesso mese di febbraio si svolgevano i relativi audit, i cui esiti venivano comunicati a seguito dei solleciti della S.A. e il 9 marzo 2023 veniva rilasciata la certificazione. Il Comune riferisce tuttavia di ritenere non verificata la sussistenza del requisito di partecipazione e di aver comunicato all'aggiudicatario l'avvio del procedimento di esclusione. Innanzi tutto, la S.A. ritiene che l'iter per il rilascio della certificazione sia da ritenere avviato da Quality Italia S.r.l. solamente in data 2 febbraio 2023, quindi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e che la valutazione di non imputabilità dell'o.e. per il ritardo non possa basarsi sui problemi tecnici asseriti dall'ente certificatore. Inoltre il Comune ritiene che nel caso di specie, in assenza di idonea certificazione, sia mancata la prova delle "misure tecniche equivalenti" adottate dall'operatore economico, e che a tal fine non sia sufficiente la "validazione" apposta in data 9 agosto 2022 da parte dell'ente TÜV Thüringen sul documento presentato dall'o.e., che si sostanzierebbe solamente nell'accettazione dell'offerta per il servizio richiesto e non in una dichiarazione di equivalenza. La stazione appaltante, quindi, alla luce dell'art. 87 del d.lgs. 50/2016 e degli orientamenti della giurisprudenza e dell'Anac, propende per l'esclusione dell'aggiudicatario e chiede parere all'Autorità in merito;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 29861 in data 17 aprile 2023;

VISTE le memorie dell'aggiudicatario Area S.r.l., acquisite al prot. n. 31446 del 21 aprile 2023, con cui l'operatore economico evidenzia che, nel caso di specie, il ritardo nel rilascio della certificazione dipendeva da circostanze ad esso non imputabili. Innanzi tutto Area S.r.l. riferisce di essere in possesso di un sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni conforme alla norma ISO/IEC 27001 a far data dal gennaio 2022, e che ciò emerge anche dai report degli audit svolti a febbraio 2023. Nel mese di agosto 2022 Area S.r.l. trasmetteva la richiesta di certificazione all'ente TÜV Thüringen, il quale in data 9 agosto dava avvio al relativo iter. Area S.r.l. sottolinea che il Comune di Treviso pubblicava il bando di gara in data successiva, più precisamente il 7 ottobre 2022, e che TÜV Thüringen comunicava che i ritardi non dipendevano da cause imputabili all'operatore economico bensì alle proprie difficoltà nel gestire il carico di ordini, ragione per cui l'attività veniva delegata a un'azienda partner, che rilasciava infine la certificazione in data 9 marzo 2023. Sulla base di tali circostanze (attivazione della richiesta di certificazione alcuni mesi prima della pubblicazione del bando, dichiarazioni dell'ente certificatore di imputabilità del ritardo alle proprie difficoltà), l'o.e. ritiene che non possa ad esso addebitarsi alcuna responsabilità. Inoltre Area S.r.l. afferma di aver comunque prodotto, secondo quanto prescritto dall'art. 87 del d.lgs. 50/2016 e dal disciplinare di gara, altri mezzi di prova idonei a dimostrare che il sistema



adottato soddisfa gli standard richiesti, vale a dire il documento “Sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni” del 15 luglio 2022, unitamente alla dichiarazione del 9 agosto con cui Tüv Thüringen validava il predetto documento e dichiarava di aver dato avvio all’iter di certificazione, per cui tale validazione costituirebbe idoneo mezzo di prova ai sensi dell’art. 87, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune. L’operatore economico, nel rammentare che la certificazione rilasciata il 9 marzo 2023 si riferisce chiaramente al sistema di gestione già in uso da parte di Area S.r.l. dal gennaio 2022, come evidenziato nei report degli audit svolti, e che tale sistema veniva validato da Tüv Thüringen ad agosto, chiede di voler confermare l’aggiudicazione a proprio favore;

VISTO il verbale di gara, nel quale, ai fini della valutazione dell’equivalenza delle misure presentate da Area S.r.l., la Commissione di gara «ritiene che la documentazione prodotta dimostri che le misure di garanzia adottate soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste». L’operatore economico produceva documentazione rappresentativa delle misure tecniche di gestione per la sicurezza delle informazioni in concreto implementate dall’azienda, accompagnata dalla dichiarazione di avvio dell’iter di certificazione resa dall’Ente di certificazione Tüv Thüringen. Nel verbale era richiamato il parere reso dall’Autorità n. 98 del 19 maggio 2011 che, con riguardo alla prova di misure equivalenti, osservava che è rimessa al giudizio discrezionale delle stazioni appaltanti la valutazione circa il possesso dei requisiti tecnici necessari per l’ammissione alla gara. L’Autorità precisava che la prova delle misure equivalenti non può derivare unicamente dall’autocertificazione resa dal medesimo operatore economico ma può essere fornita, ad esempio, attraverso la dimostrazione del possesso di certificati di sistemi di gestione sostanzialmente equivalenti o superiori, oppure con dichiarazioni provenienti da soggetti terzi di riconosciuta indipendenza e di comprovata capacità tecnica ed esperienza professionale specifica nel settore. Alla luce anche della giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 22 luglio 2021, n. 5513), secondo cui “il delineato sistema normativo che, pur prevedendo una certificazione “tipica di qualità” rilasciata da organismi accreditati, impone alle stazioni appaltanti [...] di consentire a determinate condizioni agli operatori economici di dimostrare che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste, risponde all’esigenza di favorire la più ampia partecipazione alle gare degli operatori economici in condizioni di parità e di non discriminazione”, la Commissione ammetteva al prosieguo della gara Area S.r.l.;

VISTO l’art. 87, co. 1 del d.lgs. 50/2016, secondo cui «Le stazioni appaltanti [...] ammettono parimenti altre prove relative all’impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste»;

VISTO l’orientamento dell’ANAC sull’argomento, espresso nel parere n. 617 dell’8 settembre 2021, e richiamato anche dalla S.A. nelle proprie memorie, con cui è stato evidenziato che «La condizione, dettata nel caso di mancanza delle certificazioni di qualità richieste per la partecipazione alla gara, che i concorrenti «dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste [...] non può considerarsi soddisfatta né dalla dimostrazione dell’esistenza di una richiesta di rilascio delle certificazioni di interesse agli Enti accreditati preposti, che non è in alcun modo assimilabile all’effettivo possesso (potendo anche risolversi in senso negativo), né tantomeno dalle (auto)dichiarazioni (con annesse “checklist tecniche”) di conformità della propria azienda alle norme oggetto delle certificazioni richieste». Con il parere n. 160 del 10 ottobre 2012 si specificava che «la presentazione di prove relative all’impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità richiede di fornire prova di misure concretamente operanti, idonee a comprovare il possesso dei requisiti insiti nella certificazione richiesta e ad offrire garanzie di conformità ai requisiti qualitativi del servizio. Quanto alla



“non imputabilità” delle cause che hanno impedito l’ottenimento delle singole certificazioni entro i termini, la disposizione «mira a tutelare quelle situazioni in cui o a causa di un inizio di attività commerciale molto prossimo all’indizione della gara o a causa di un imprevisto (quale, ad esempio, un ritardo nel rilascio dell’attestato imputabile all’Ente certificatore) o di un evento straordinario ed eccezionale, il mancato possesso delle richieste certificazioni non sia addebitabile all’o.e. richiedente» (Parere n. 617/2021 cit.);

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2023, n. 2229) che ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui «la disposizione di cui all’art. 87, co. 1 del d.lgs. 50/2016 va interpretata in modo restrittivo. L’inciso “qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici” restringe infatti entro i limiti della prova della non imputabilità, che, in termini semplificati, consiste nell’assenza di colpa, la possibilità di comprovare altrimenti l’impiego di misure di garanzia della qualità equivalenti [...]; la prova in questione è esclusivamente in capo a chi decide di avvalersene, e la mancanza della stessa non fa che confermare l’assenza della suddetta certificazione. In particolare è stato osservato che «la valenza della certificazione di qualità risiede proprio nella circostanza che l’attestazione proveniente dall’organismo di certificazione esonera la stazione appaltante dal compiere specifiche verifiche in ordine all’esistenza dei presupposti sostanziali per il conseguimento della certificazione, laddove invece, in assenza di quest’ultima, il compito dell’amministrazione risulta più complesso ed oneroso essendo essa chiamata a valutare in concreto l’idoneità delle misure adottate dall’impresa per garantire la qualità; pertanto, in relazione a prove non supportate da alcuna certificazione emessa da organismi accreditati, le imprese sono tenute a sottoporsi al giudizio discrezionale della stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti tecnici necessari per la partecipazione alla gara» (TAR Lazio, Sez I, 14 aprile 2008, n. 3161);

CONSIDERATO quindi che la possibilità di far valere misure equivalenti è sottoposta, alla stregua dell’art. 87, co. 1, alla specifica condizione di ammissibilità data dalla dimostrazione di non avere la possibilità di ottenere i certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici. Infatti la stazione appaltante è tenuta a prendere in considerazione altre prove relative all’impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità solo nel caso in cui il concorrente dimostri di non aver potuto presentare le necessarie certificazioni per cause a lui non imputabili, ossia solo in caso di assenza di colpa (v. Cons. Stato n. 2229/2023 cit. seppur riferita alla certificazione ambientale, che richiama TAR Veneto, I, n. 56/2020 e TAR Campania, IV, n. 4190/2018). Occorre poi, da un lato, una concreta dimostrazione da parte dell’operatore economico che le misure proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste, dall’altro una valutazione da parte della S.A. di “equivalenza/equipollenza” di tali misure;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, l’operatore economico si rivolgeva ad un organismo di certificazione circa due mesi prima della pubblicazione del bando di gara e tale ente dichiarava di avviare il relativo iter. A seguito del passaggio di consegne da Tüv Thüringen a Quality Italia, l’iter risultava concretamente avviato solamente nel mese di febbraio 2023, e tuttavia l’ente certificatore affermava che il ritardo non era imputabile all’o.e. bensì alle proprie difficoltà nella gestione degli ordini. Quindi, sotto il profilo della imputabilità del ritardo nell’ottenimento della certificazione, non sembra di poter ravvisare una condotta colpevole in capo ad Area S.r.l., che in realtà si era attivata per ottenere la certificazione in parola circa due mesi prima la pubblicazione del bando di gara. Il fatto che l’iter sia stato concretamente avviato solamente nel mese di febbraio 2023 sembra infatti imputabile esclusivamente alle difficoltà di gestione da parte degli enti certificatori ma non depone per una condotta necessariamente colpevole a carico dell’o.e.. Ciò premesso, resta da verificare l’ulteriore decisivo profilo, ovvero se Area S.r.l. abbia prodotto, in sede di partecipazione, idonea documentazione atta a comprovare, in mancanza della



certificazione, l'adozione di misure equivalenti. In merito a tale questione occorre tenere presente che, come rilevato nel parere Anac n. 617/2021, di norma l'autodichiarazione di misure equivalenti all'interno del DGUE non è idonea a fornire tale dimostrazione. Inoltre, le offerte ricevute dagli enti certificatori per il servizio di certificazione sono meri atti negoziali, non aventi alcun contenuto certificativo. Tuttavia, Area S.r.l. non si limitava ad autodichiarare di possedere misure equivalenti ma produceva, in sede di partecipazione, il documento "Sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni", che era stato presentato all'ente certificatore Tüv Thüringen già nel mese di luglio 2022 e "validato" dall'ente il successivo 9 agosto, per cui sulla base di esso si disponeva l'avvio del formale iter di certificazione. Tale documento era inoltre stato ritenuto idoneo dalla Commissione di gara ai fini dell'ammissione di Area S.r.l. al prosieguo della procedura;

RITENUTO, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che, sotto il profilo della imputabilità del ritardo nell'ottenimento della certificazione, non sembra di poter ravvisare una condotta colpevole in capo ad Area S.r.l., che in realtà si era attivata per ottenere la certificazione in parola circa due mesi prima la pubblicazione del bando di gara e aveva avuto assicurazione che l'iter certificativo era stato avviato. Inoltre l'ente certificatore ha più volte ribadito che il ritardo è stato dovuto a proprie difficoltà nella gestione degli ordini con la conseguente necessità di coinvolgere l'azienda partner. Per ciò che concerne il profilo dell'ammissibilità delle misure equivalenti prodotte dall'o.e., la valutazione del documento prodotto dall'o.e. spetta alla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità, e l'Autorità non può sostituirsi ad essa nello svolgere tali valutazioni. Ciò di cui la S.A. potrà tenere conto è il fatto che il medesimo documento "Sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni" era già stato valutato positivamente dalla Commissione di gara ai fini dell'ammissione al prosieguo della gara, ed inoltre che la certificazione finale è stata ormai emessa sulla base del medesimo documento;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- sotto il profilo della imputabilità del ritardo nell'ottenimento della certificazione, non sembra di poter ravvisare una condotta colpevole in capo ad Area S.r.l., che in realtà si era attivata per ottenere la certificazione in parola circa due mesi prima la pubblicazione del bando di gara e aveva avuto assicurazione che l'iter certificativo era stato avviato;
- sotto il profilo dell'ammissibilità delle misure equivalenti prodotte dall'o.e., la valutazione del documento prodotto dall'o.e. spetta alla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità, e l'Autorità non può sostituirsi ad essa nello svolgere tali valutazioni. Ciò di cui la S.A. potrà tenere conto è il fatto che il medesimo documento era già stato valutato positivamente dalla Commissione di gara ai fini dell'ammissione al prosieguo della gara, ed inoltre che sulla base di esso è stata emessa la certificazione finale.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 maggio 2023
Il Segretario Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente