



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 678 DEL 17 luglio 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla società Lopraino S.r.l. – Procedura aperta sotto soglia tramite MEPA con RDO per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico periodo anno scolastico 2019/2020 – Importo a base di gara: euro 155.62,00 – S.A.: Comune di Modugno.

PREC 69/19/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 20006 dell'11 marzo 2019, con la quale la Lopraino S.r.l. ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Modugno, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) del d.lgs. n. 50/2016, "*per inadempimenti contrattuali anche non accertati da provvedimenti giurisdizionali*" integranti "*gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità della ditta*" e motivato *per relationem* mediante il richiamo alle argomentazioni contenute nella determinazione di risoluzione (*rectius* di revoca dell'aggiudicazione e del verbale di consegna anticipata) dell'affidamento di analogo servizio. In particolare, la società istante ha censurato l'esclusione sostenendo che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) *ratione temporis* applicabile (nella formulazione anteriore al d.l. 14 dicembre 2018, n. 135), la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre l'esclusione in caso di "risoluzione contrattuale" non definitiva perché contestata in giudizio, rappresentando che nel caso di specie risultava ancora pendente il giudizio avverso il provvedimento risolutorio. Inoltre, secondo la società, il provvedimento espulsivo sarebbe viziato da difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto il Comune lo avrebbe motivato operando un mero automatismo rispetto alla pregressa risoluzione contrattuale;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 24 maggio 2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

RILEVATO preliminarmente che, nel caso di specie, è applicabile il disposto di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 nella formulazione che precede il decreto-legge cd. Semplificazioni (d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12), il quale ha sostituito la lett. c) della citata disposizione con le lettere c), c-bis) e c-ter) e, per quanto rileva nel caso di specie, ha eliminato il riferimento al carattere della definitività del provvedimento di risoluzione. Infatti, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del citato d.l. n. 135/2018, la modifica apportata ai motivi di esclusione si applica ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto-legge (15 dicembre 2018), mentre il bando della procedura *de qua* è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 146 del 14 dicembre 2018;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO, sempre in via preliminare, che, ai sensi dell'art. 36, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile), i motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 si applicano anche agli affidamenti sotto-soglia, ivi compresi quelli effettuati mediante mercato elettronico (quale quello in esame);

CONSIDERATO che, con riferimento al quadro normativo anteriore alla citata riforma, in ordine alla facoltà (*rectius* al potere discrezionale) della stazione appaltante di escludere dalla gara un operatore economico per avere commesso un “grave illecito professionale”, desumibile da un provvedimento di risoluzione *sub iudice*, si sono formati in giurisprudenza due orientamenti contrapposti. Una parte della giurisprudenza ha, infatti, sottolineato l'importanza del carattere della “definitività” della risoluzione, ritenendolo un elemento essenziale della fattispecie tipizzata nella lett. c), comma 5, dell'art. 80 (cfr. C.G.A.R.S., 28 dicembre 2017, n. 575). Un contrapposto indirizzo giurisprudenziale, invece, ritenendo meramente esemplificativa l'elencazione legislativa delle fattispecie integrabili un “grave illecito professionale”, ha ridimensionato l'importanza del suddetto carattere, consentendo l'esclusione sulla base di inadempimenti contrattuali gravi ed inescusabili che (pur non essendo sfociati in un provvedimento di risoluzione definitiva) sono stati ritenuti dalla stazione appaltante idonei a costituire un grave illecito professionale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, nonché, C.G.A.R.S., 30 aprile 2018, n. 252, secondo cui “*a un'impresa non basta aver contestato in giudizio la risoluzione contrattuale subita per porsi completamente al riparo, per tutta la durata – per giunta, prevedibilmente cospicua – del processo, dal rischio di esclusioni da gare d'appalto indotte dalla relativa vicenda risolutoria. 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”*”);

CONSIDERATO che la questione in esame è stata rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia con diverse pronunce dei giudici amministrativi di primo e di secondo grado (TAR Campania, Napoli, sez. IV, ord., 13 dicembre 2017, n. 5893; Cons. Stato, sez. V, ord., 3 maggio 2018, n. 2639; Id., sez. V, 23 agosto 2018, n. 5033), le quali hanno interrogato il Giudice europeo sulla compatibilità con il diritto euro-unitario dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice nella lettura “restrittiva” proposta dall'orientamento che riteneva essenziale la definitività dell'accertamento dei fatti costituenti l'illecito professionale; interpretazione ritenuta contrastante con l'art. 57, par. 4 della direttiva 2014/24/UE, con il considerando 101 della medesima direttiva (i quali attribuiscono alle amministrazioni aggiudicatrici il potere discrezionale di escludere un operatore economico “*anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori*”), nonché con i principi di proporzionalità e parità di trattamento;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che con sentenza del 19 giugno 2019, C-41/18 (pronunciandosi sulla questione pregiudiziale sollevata dal TAR Campania con la citata ordinanza n. 5893/2017), la Corte di Giustizia ha statuito che *“l’art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d’appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione ne si riferisce”*. In particolare, la Corte europea ha sottolineato che il legislatore dell’Unione ha scelto *“di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omissis di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di un appalto”*, evidenziando che l’effetto utile della direttiva verrebbe vanificato nel caso in cui il potere discrezionale della stazione appaltante fosse *“paralizzato”* dalla semplice proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto da parte dell’operatore economico; quest’ultimo, inoltre, in presenza di una disposizione quale quella adottata dallo Stato italiano, non verrebbe incoraggiato ad adottare misure riparatorie per dimostrare la sua affidabilità, essendo piuttosto incentivato a proporre azioni giudiziali avverso provvedimenti risolutivi, al mero scopo di impedire la valutazione discrezionale della stazione appaltante;

RITENUTO che la citata pronuncia assuma un valore generale destinato a trascendere l’ambito della controversia che ha dato origine al rinvio ad opera del giudice nazionale (C.G.U.E., 5 ottobre 2010, causa C-173/09, Elchinov e 15 gennaio 2013, causa C-416/10, KriÅ¾an) e che detto principio vada applicato anche al caso in esame, in cui l’Amministrazione ha adottato un provvedimento di revoca dell’aggiudicazione definitiva e del verbale di consegna in via d’urgenza del servizio, anticipando gli effetti del contratto prima della sua formale stipulazione. Pertanto, la circostanza che il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e del verbale di consegna anticipata del servizio (di cui alla determinazione della Comune di Modugno n. 604 del 31/05/2018) sia stato contestato dalla società odierna istante e sia tuttora pendente il giudizio dinanzi al Tribunale di Bari non impedisce alla stazione appaltante, nell’ambito della procedura di cui si discute, di desumere da quel provvedimento elementi per dimostrare che la Lopraino S.r.l. non era un operatore economico affidabile sotto il profilo professionale, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice;

CONSIDERATO che costituisce principio di carattere generale quello secondo cui è stato attribuito alla stazione appaltante il potere discrezionale di apprezzamento delle condotte dell’operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità (Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467, ANAC delibera n. 72 del 24 gennaio 2018) 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”* (cfr. in tal senso TAR Campania, sez. IV, 5 gennaio 2018, n. 99; nonché



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Linee Guida ANAC n. 6, par. VI, ove viene sottolineato che il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento, *inter alia*, alla gravità del fatto illecito, alla tipologia della violazione commessa, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, con riguardo all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto);

RILEVATO che, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della L. n. 241/90, ai fini della motivazione di un provvedimento amministrativo è possibile operare anche un richiamo *per relationem* alle argomentazioni contenute in altro provvedimento, purché dallo stesso sia evincibile l'iter logico-giuridico seguito dall'Amministrazione ai fini dell'adozione della decisione cristallizzata nel provvedimento finale, nonché l'atto richiamato sia indicato nel provvedimento e reso disponibile al privato. Con riferimento alla motivazione del provvedimento di esclusione da una gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, la giurisprudenza ha, peraltro, considerato legittimo il richiamo *per relationem* anche al provvedimento di altra Amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649 secondo cui *“tramite il richiamo del contenuto del parere Anac la stazione appaltante ha motivato per relationem ... il proprio provvedimento, anche in considerazione del fatto che la vicenda ivi considerata era sostanzialmente identica a quella sottoposta al suo esame; tale rinvio, del resto, ben può essere riferito a quanto esposto in un provvedimento di altra amministrazione (Cons. Stato. IV, 29 marzo 2017, n. 1432)”*);

RITENUTO che, nel caso di specie, il richiamo *per relationem* operato dalla stazione appaltante alle argomentazioni contenute nella determinazione di revoca dell'aggiudicazione e del verbale di consegna anticipata del servizio (di cui alla determina del Comune di Modugno n. 604 del 31/05/2018) è idoneo ad assolvere all'onere motivazionale, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della L. n. 241/90. Dalla suddetta determinazione si evince, infatti, che l'Amministrazione ha ritenuto la ditta Lopraino S.r.l. un operatore economico non affidabile sotto il profilo professionale in quanto *“si è resa colpevole di fatti che, oggettivamente, per la loro gravità, sono tali da far venire meno la permanenza dell'elemento fiduciario e da porre in dubbio l'affidabilità dell'aggiudicatario”*. In particolare, dal suddetto provvedimento risulta che, nell'ambito dell'esecuzione di un appalto di oggetto identico a quello della presente gara (servizio di trasporto scolastico), la società odierna istante ha commesso *“gravi irregolarità”* e ha violato le prescrizioni del capitolato speciale, essendo stato colto un autista nonché socio della ditta alla guida di uno scuolabus senza regolare patente di guida, il quale peraltro *“non arrestava il senso di marcia in presenza della luce semaforica rossa”*; infrazione considerata dall'Amministrazione *“tale da arrecare grave pregiudizio alla incolumità degli utenti, aggravato dalla minore età degli stessi, durante lo svolgimento del servizio”*;

RITENUTO, pertanto, che – contrariamente a quanto asserito dalla società istante – nel caso di specie la stazione appaltante non si sia limitata a richiamare la *“precedente risoluzione contrattuale a guisa di automatismo”* (cfr. C.G.A.R.S., 30 aprile 2018, n. 252), avendo piuttosto operato (sebbene motivando *per relationem*) un apprezzamento complessivo dell'operatore economico in relazione alla specifica prestazione affidata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice. Rilevato, peraltro, che detta valutazione (di carattere discrezionale) non appare affetta da macroscopici vizi di illogicità,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

arbitrarietà o irragionevolezza (*per incidens* neppure paventati dall'istante nell'ambito del presente procedimento di precontenzioso);

CONSIDERATO, infine, che il provvedimento la cui legittimità viene contestata dalla ditta Lopraino S.r.l. è stato adottato all'esito di un procedimento in contraddittorio (avviato con nota prot. n. 2667 del 17/01/2019), nell'ambito del quale non risulta che la società abbia presentato proprie controdeduzioni, al fine di dimostrare di essere un contraente affidabile ovvero di avere adottato misure di *self cleaning*;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il Segretario, *Maria Esposito*