



DELIBERA N. 247

24 maggio 2024

Oggetto

Fascicolo UVLA 3646/2023

Procedura aperta per l'affidamento dei lavori per la realizzazione della strada di collegamento diretto della strada S.S.114 in prossimità dello svincolo autostradale A18 di Giarre con i centri abitati del Comune di Riposto - "Accessibilità al Porto di Riposto: collegamento con la viabilità principale" (CIG: 9545248BD3; importo totale: 10.768.908,61 euro)

Visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 151 del 28.12.2022 nonché sul sito istituzionale della committente, Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A. – in qualità Centrale di Committenza per conto del Comune di Riposto - indicava una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione della strada di collegamento diretto della strada S.S. 114 in prossimità dello svincolo autostradale A18 di Giarre con i centri abitati del Comune di Riposto.

La procedura è stata indetta e gestita da Invitalia s.p.a. nell'ambito dell'attività di accelerazione dell'attuazione degli interventi infrastrutturali delle Zone Economiche Speciali "ZES", finanziati con risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "PNRR" per la quale l'Agenzia per la Coesione Territoriale ha reso disponibile al Commissario Straordinario del Governo per la Zona Economica Speciale Sicilia Orientale individuato quale Soggetto Attuatore, il supporto tecnico operativo prestato da Invitalia ai sensi dell'articolo 10, co. 1, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni, dall'articolo 1 della L. 29 luglio 2021, n. 108.

La procedura, da svolgersi sulla piattaforma telematica Ingate in dotazione della Centrale di committenza e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva, quale termine per la presentazione delle offerte la data del 25.01.2023, ed una durata del contratto d'appalto pari a 600 giorni naturali e consecutivi.

Previo esperimento delle operazioni di gara svoltesi nelle sedute dal 6 febbraio 2023 al 21 marzo 2023, con prot. n. 0147389 del 18.05.2023, Invitalia s.p.a. ha aggiudicato l'appalto al costituendo raggruppamento temporaneo tra C.C.M.S.r.l. - mandataria - e U. S.r.l. -mandante – le cui attività di verifica

sul possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, previsti ex lege e richiesti dalla lex specialis si sono concluse in data 17 maggio 2023.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 54947 del 10.07.2023 il Procuratore legale di un'impresa concorrente della procedura in oggetto segnalava l'adozione di un provvedimento di sequestro preventivo nei confronti dell'impresa C.C.M. s.r.l. – mandataria del raggruppamento aggiudicatario - nonché il sequestro del 60 % delle quote possedute dall'amministratrice unica *Omissis*, la disposizione degli arresti domiciliari in capo alla medesima, nonché la mancata indicazione nel DGUE di alcuni pendenti penali in capo alla stessa.

L'Autorità, preso atto di tale esposto, ha inoltrato, con nota prot. n. 63579 del 3.08.2023 comunicazione di avvio del procedimento, contestando all'amministrazione la mancata valutazione dell'affidabilità dell'operatore C.C.M. s.r.l. a fronte del sequestro preventivo dell'azienda e delle quote possedute dalla socia e amministratrice unica *Omissis* e dell'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari disposta dal Gip di Catania nei confronti del marito di lei ed amministratore di fatto *Omissis*, indagato presso la Procura di Caltanissetta per i reati di peculato, frode in pubbliche forniture, crollo colposo, truffa, associazione a delinquere e traffico illecito di rifiuti, nonché, presso la Procura di Catania, per il rilascio di DURC falsi durante la Presidenza presso la Cassa Edile di Catania, ed altresì indagato per falso in atto pubblico per una gara d'appalto avente ad oggetto la realizzazione del collettore fognario di Aci Castello.

Stante il mancato riscontro da parte di Invitalia, e previo sollecito inoltrato con nota prot. n. 86146 del 05.10.2023, l'Ufficio scrivente ha interessato l'Ufficio USAN e previo avvio del procedimento sanzionatorio, Invitalia ha fornito il riscontro con nota prot. 115559 del 27.12.2023 a firma del Rup Ing., addebitando la mancata risposta ad un malfunzionamento del sistema di protocollazione telematica interna.

IL Rup, nel ripercorrere gli elementi essenziali della procedura, rappresentava che in seguito all'aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento, nell'ambito della verifica del possesso dei requisiti avesse "provveduto proattivamente anche all'acquisizione e riscontro dei carichi pendenti e misure cautelari dei soggetti ex articolo 80, co. 3 del Codice dei Contratti riferibili al predetto operatore economico, e che concluse le attività di propria competenza, "Invitalia ha quindi restituito l'intero Fascicolo di gara al Commissario ZES con successiva comunicazione prot. n. 0157512 del 26 maggio 2023".

In merito alle doglianze espresse in sede di avvio, ovvero la possibile sopravvenuta carenza di requisiti generali in capo all'impresa mandataria del raggruppamento aggiudicatario, il Rup rappresentava che il Commissario ZES avesse trasmesso dapprima "stralci di notizie da fonti aperte" e successivamente copia degli "atti acquisiti in via riservata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catania: ordinanza cautelare adottata nel procedimento n. 7501/2022 r.g.n.r., depositata il 29/5/2023, e relativa richiesta di misure cautelari avanzata dal pubblico ministero il 27/4/2023" "successivamente alla formale conclusione di ogni attività di competenza della Centrale di Committenza di Invitalia, in quanto ricadente nella fase successiva di esecuzione, la cui gestione e le conseguenti determinazioni rimanevano a carico del Soggetto Attuatore e/o del suo Contraente" ma che "nello spirito di massima collaborazione e nell'interesse informativo del Commissario ZES e del suo Contraente, ha provveduto comunque a effettuare un aggiornamento documentale camerale e da Casellario informatico delle imprese ANAC dal quale non sono emersi nuovi elementi/annotazioni rispetto a quelli già acquisiti a seguito della precedente verifica, conclusasi a maggio 2023 " e "ancorché avendo esaurito la propria attività, ha provveduto a riscontrare il Commissario ZES al contempo rappresentando che: - "non appaiono



emergere violazioni rispetto al Protocollo di legalità sottoscritto dal Commissario, in quanto le fattispecie contestate al *Omissis* che applica al medesimo la misura degli arresti domiciliari e dispone il sequestro preventivo della C.C.M. s.r.l., ritenuto dominus di fatto della C.C.M.s.r.l., sembrerebbero riguardare ipotesi di bancarotta fraudolenta e, più in generale, comportamenti integranti violazioni del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza e della normativa fallimentare; da verifiche documentali del Casellario delle imprese (cfr. Allegato 4) non si evince nessuna nuova annotazione in merito alla C., benché la stessa, come da Ordinanza del Tribunale di Catania in data 29 maggio 2023, risulti sottoposta a sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 c.p.p.; da verifiche camerali, si rileva che in data 29 maggio 2023 è stato nominato un Amministratore giudiziario della C..”

Pertanto, l'Autorità, con nota prot. n. 16802 del 02.02.2023 ha inoltrato al Commissario Straordinario del Governo per la Zona Economica Speciale (ZES) Sicilia Orientale, in qualità di soggetto attuatore, integrazione all'avvio del procedimento, richiedendo informazioni in merito alla valutazione sulla sussistenza dei requisiti di moralità in capo all'operatore, ai fini della sua possibile esclusione.

Con successiva nota prot. n. 21543 del 13.02.2024 il Commissario straordinario del Governo ZES Sicilia Orientale Ing. S.d.G. ha fornito il riscontro rilevando che, avendo appreso “sui quotidiani locali notizie su indagini e misure cautelari a carico del Geom. Omissis + altri e del sequestro preventivo delle quote societarie della C.C.M. S.r.l.,” e “evidenziando l'interesse pubblico a conoscere i fatti relativi all'indagine preliminare nella quale risultava coinvolta la C. S.r.l. e per vagliare la possibile refluenza sui requisiti di partecipazione alla gara, chiedeva alla Procura di Catania di valutare la condivisione di ogni possibile elemento che si ritenesse utile per potenziali determinazioni del soggetto attuatore”, trasmettendo i relativi atti ad Invitalia s.p.a., ed ulteriormente che “Il 14 /06/2023 il Dott. F.N. comunicava la sua nomina ad Amministratore Giudiziario della C.C.M. s.r.l. giusto provvedimento del Tribunale di Catania Sez. Giudice indagini preliminari nell'ambito del procedimento penale n. omissis RG. GIP a seguito del sequestro preventivo disposto ex art. 321 c.p.p. con salvezza della continuità aziendale e produttiva del complesso aziendale”.

Pertanto, previa richiesta all'Amministratore Giudiziario della documentazione necessaria, in data 06.10.2023 veniva sottoscritto il contratto (n. 2144 di Repertorio) tra il Comune di Riposto in qualità di soggetto attuatore di secondo livello, e la C. S.r.l. in persona dell'Amministratore giudiziario Dott. A. F. Napoli, con consegna dei lavori in data 17.10.2023.

Il Commissario rappresentava altresì che successivamente la C. S.r.l. il 9.01.2024 ha comunicato che “nell'ambito del procedimento penale n. omissis, con provvedimento del 05/01/2024, notificato in data 09/01/2024, il Tribunale di Catania ha disposto il dissequestro della impresa con contestuale restituzione delle quote al socio unico sig.ra Omissis, e che l'assemblea dei soci ha nominato nuovo amministratore unico il Sig. Omissis”.

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la problematica in esame attiene alla valutazione dell'affidabilità dell'operatore aggiudicatario e del permanere della sussistenza dei requisiti generali in capo allo stesso a fronte delle vicende giudiziarie venute in rilievo.

La disposizione del sequestro preventivo dell'impresa mandataria e delle quote dell'amministratrice unica, e l'arresto del marito della stessa nonché amministratore di fatto dell'impresa rilevano, infatti, quali possibili cause di esclusione ai sensi dell'articolo 80 c. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016 *applicabile ratione temporis*.

Come noto, i requisiti di partecipazione alla gara devono essere posseduti dai concorrenti, non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma per tutta la

durata della procedura fino alla stipula del contratto e per tutto il periodo di esecuzione, senza soluzione di continuità, e pertanto, l'eventuale sopravvenienza di fatti idonei a ledere l'integrità deve essere valutata dalla stazione appaltante

L'articolo 80 c. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016 non prevede, infatti, l'automatica esclusione del concorrente, ma richiede il previo discrezionale apprezzamento della stazione appaltante, rilevando quali circostanze significative ai fini dell'esclusione, "*gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento, a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito*" (Linee Guida n. 6 adottate con Delibera n. 1008 del 11 ottobre 2017 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi di cui all'art. 80, co. 5 lett. c) del Codice").

Per la giurisprudenza consolidata l'illecito professionale è rinvenibile "*ogni qual volta si verificano fatti tali da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, in base ad una valutazione discrezionale che è rimessa alla stazione appaltante; tale valutazione, pertanto, è soggetta al controllo e al sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti*" (ex multis: Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936).

Altresì, secondo i giudici amministrativi non è necessario che i gravi illeciti professionali siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri accertamenti ed elementi di prova quali rinvii a giudizio oppure misure restrittive della libertà personale o patrimoniale, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione codicistica è meramente esemplificativa, rimettendo poi alla stazione appaltante la valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti (ex multis: Consiglio di Stato, sez. V, 27.09.2019 n. 1367).

In particolare, come anche affermato dall'Autorità 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*" (Delibera n. 146 del 30.3.2022).

Pertanto, al di fuori delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato art. 80 D.lgs. 50/2016, in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante è demandato alla stessa un margine importante di discrezionalità con riferimento alla verifica del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, potendo formare oggetto di valutazione, la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società, o la comminazione di una misura cautelare interdittiva in capo al legale rappresentante o socio di maggioranza della società aggiudicataria (Delibera n. 146/2022; PREC 27/2022/L).

La giurisprudenza ha, inoltre, definito puntualmente il contenuto della valutazione cui è tenuta la stazione appaltante qualora sia venuta a conoscenza di una condotta potenzialmente suscettibile di integrare un "grave illecito professionale" incidente sull'affidabilità e integrità del concorrente priva di portata escludente automatica, essendo la stessa tenuta ad una duplice valutazione: ovvero la sussistenza del "grave illecito professionale" e la lesione dell'affidabilità dell'impresa in merito all'esecuzione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307)

Quindi, il giudizio della stazione appaltante "*non può che investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale*", considerato che l'apprezzamento del medesimo fatto in sede penale e da parte dell'amministrazione ex art. 80, comma 5,



lett. c) del codice dei contratti pubblici è ben distinto proprio per le diverse finalità istituzionali della valutazione e gli inerenti parametri normativi; non occorre un giudicato sulla vicenda addebitata al concorrente per poterne trarre ragioni di inaffidabilità o non integrità giustificanti la sua esclusione (e cioè che il fatto sia stato accertato in sede penale con sentenza definitiva), poiché l'amministrazione è investita di un autonomo e distinto apprezzamento in funzione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara (Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471 e 13 maggio 2021, n. 3772).

Pertanto, nel caso di fatti oggetto di verifica in sede penale, è necessario che l'amministrazione effettui un'autonoma valutazione delle idonee fonti di prova e consideri le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente (Cons. Stato sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424; Delibera n. 26 del 17.01.2024).

Venendo al caso di specie l'applicazione del sequestro preventivo delle quote societarie e delle quote detenute dall'amministratrice, nonché la sottoposizione ad indagini penali e della misura degli arresti domiciliari in capo all'amministratore di fatto, costituiscono certamente elementi tali da cui poter dedurre la scarsa integrità dell'operatore.

In primo luogo, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare il ruolo dell'amministratore di fatto Omissis - marito dell'amministratrice e socia unica di C. - arrestato, indagato e sottoposto alla misura degli arresti domiciliari per plurimi reati tributari.

Sebbene l'amministratore di fatto non rientri tra i soggetti dell'articolo 80 comma 3 D.lgs. 50/2016 cui riferire le cause di esclusione, si ritiene che il contesto in cui opera il medesimo - condannato con la moglie nel 2015 per truffa aggravata - potesse costituire elemento della scarsa integrità dell'impresa, e pertanto, valutabile nell'esercizio dell'attività tecnico discrezionale della stazione appaltante.

In particolare, secondo la giurisprudenza amministrativa, qualora sussistano elementi univoci e concordanti sul ruolo di amministratore di fatto assunto da un determinato soggetto, la perdita dei requisiti generali in capo al medesimo può riversarsi sull'operatore economico con la conseguente esclusione dalla procedura (in tal senso Cons. St., Sez. IV, 03.02.2022, n. 768).

Coerentemente con tale impostazione l'articolo 94 c. 3 D.lgs. 36/2023 ha introdotto, tra i soggetti cui riferire le cause di esclusione, anche la figura dell'amministratore di fatto, stante il ruolo fondamentale che può assumere all'interno delle compagini d'impresa.

In particolare, i reati per cui risulta indagato il Omissis (bancafallita fraudolenta patrimoniale e preferenziale) attengono all'attività della società e non sono confinati nella sfera personale dell'amministratore sottoposto a procedimento penale, con la conseguenza che essi possono assumere rilevanza giuridica ai fini della partecipazione alla procedura di gara in oggetto. Come osservato dal Supremo Consesso in un caso analogo, a prescindere dalle responsabilità penali di natura personale, l'attività materiale attuata, non può che essere imputata alla società in nome e per conto della quale l'amministratore ha agito (in tal senso Consiglio di Stato, 1 giugno 2022, n. 4442).

In merito al sequestro preventivo, invece, il Commissario Straordinario, anche sulla scorta delle valutazioni compiute da Invitalia S.p.a., ha ritenuto di proseguire con l'aggiudicazione ed addivenire alla stipula del contratto con l'impresa a fronte dell'intervenuta misura dell'amministrazione giudiziaria, disposta dal Gip di Catania, avente lo scopo di garantire la continuità dell'attività di impresa mediante la nomina di un soggetto terzo.

In seguito al dissequestro della società e al termine della misura di prevenzione patrimoniale, la stazione appaltante, tuttavia, avrebbe dovuto valutare nuovamente la sussistenza dei requisiti morali in capo all'operatore, soprattutto in seguito alla nomina del nuovo amministratore che risulterebbe avere rapporti di parentela con il precedente amministratore di fatto.

In particolare, dalla visura effettuata presso la Camera di Commercio di Catania risulta che il nuovo amministratore Omissis Luca Salvo svolge la medesima funzione in più imprese (tra cui S. s.r.l. e F.G.C. s.r.l.) facenti parte del gruppo coinvolto nell'inchiesta penale che ha portato al rinvio a giudizio del Omissis dominus di fatto.

Pertanto, a fronte del quadro sopra delineato, la nomina del nuovo amministratore non pare costituire un'adeguata misura di *self cleaning*, non potendosi rilevare una netta cesura rispetto alla precedente gestione, con la conseguenza che il Commissario Straordinario avrebbe dovuto compiere una più profonda valutazione in merito all'affidabilità dell'operatore ed all'adeguatezza delle misure di ravvedimento adottate.

Le misure di *self cleaning*, disciplinate dall'articolo 80 comma 7 D.lgs 50/2016, consistono in un ravvedimento operoso da parte dell'operatore colpito da una causa di esclusione, teso ad evitare, in applicazione del principio di libera concorrenza e massima partecipazione, che un operatore economico possa risultare escluso indeterminatamente dalle procedure di affidamento di contratti pubblici, a fronte di pregressi illeciti (che ne costituiscono dunque il presupposto), non più produttivi di effetti né di potenziali rischi pro futuro.

Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, la stazione appaltante ha l'obbligo di valutare le misure di *self cleaning* assunte in corso di gara, relative a fatti insorti dopo la presentazione dell'offerta, al fine di non escludere l'operatore, non rilevando, pertanto, solo in riferimento alle successive procedure di affidamento (*ex multis*: Consiglio di Stato, Sez. III, 15.06.2023, n. 5897). Pur a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione in merito, è necessario che la stessa svolga un'analisi attenta sull'idoneità della misura atta a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dell'appalto (in tal senso Consiglio Stato, sez. V, 30.5.2022, n. 4363), analisi che invero non sembra essere stata svolta nel caso di specie.

Sotto altro profilo l'omissione di tale obbligo informativo configura la fattispecie della "*omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) quando riguarda indagini penali e misure cautelari che per gravità sono idonee ad incidere sul giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico (Delibera n. 146 del 30.3.2022).

Conformemente al principio dell'obbligo del possesso dei requisiti per tutta la durata dell'appalto, sussiste in capo all'operatore il dovere di comunicare prontamente l'eventuale sopravvenienza di fatti idonei a ledere l'integrità – come la pendenza delle indagini e dell'adozione della misura cautelare dell'operatore – in qualunque momento della procedura, e dunque non solo nella fase di presentazione delle offerte ma anche dopo l'aggiudicazione e per tutta la durata dell'esecuzione al fine di consentire all'amministrazione di effettuare una valutazione concreta ed effettiva sulla rilevanza di tali fatti.

Come affermato dall'Autorità, infatti, 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" (Delibera n. 146 del 30.3.2022).

Su tale circostanza, il Commissario Straordinario non ha fornito riscontro, pertanto è presumibile ritenere che l'operatore non abbia comunicato allo stesso il ricorrere di indagini penali o della misura cautelare, apprese dal soggetto attuatore su fonti aperte, ovvero quotidiani e stampa come dallo stesso rappresentato nella nota di riscontro.



Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 24 maggio 2024

DELIBERA

- la non conformità della procedura in analisi al disposto di cui all'articolo 80 comma 5 lett. c) a fronte della mancata valutazione dell'affidabilità e del permanere della sussistenza dei requisiti generali in capo all'impresa mandataria del raggruppamento aggiudicatario;
- di trasmettere a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori la presente deliberazione al Commissario Straordinario del Governo per la Zona Economica Speciale Sicilia Orientale in qualità di soggetto attuatore, nonché ad Invitalia S.p.a, invitando l'Ente alle valutazioni di competenza e a dare notizia circa le eventuali determinazioni assunte nel termine di 30 giorni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 30 maggio 2024

Il Segretario verbalizzante

Laura Mascali