



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 124 del 12 febbraio 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Ecologia Aliperti s.r.l. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per l'affidamento del servizio di attività di prelievo, trasporto e smaltimento CER 16.10.02 e 20.03.04 Stir di Caivano – Criterio del minor prezzo – Importo a base di gara: euro 350.000,00 – S.A.: A2A Ambiente S.p.A.

PREC 14/20/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 102526 del 19 dicembre 2019 con la quale la società Ecologia Aliperti s.r.l. contestava il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposto nei propri confronti da parte della stazione appaltante per la mancata dichiarazione delle annotazioni presenti sul casellario ANAC relative a precedenti risoluzioni contrattuali;

CONSIDERATO, in particolare, che l'istante sollevava doglianze sulla valutazione operata dalla stazione appaltante in merito alle annotazioni presenti sul casellario informatico e ne sosteneva l'illegittimità, ritenendo che le stesse non potevano costituire una causa di esclusione dalla gara in quanto relative a risoluzioni oggetto di contestazioni giurisdizionali ancora pendenti;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il modello di dichiarazione sostitutiva (modello G) che riporta, al punto 5, lettera c-ter), la dichiarazione dell'operatore economico relativa al fatto che «non ha dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne abbiano causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili»;

VISTA, nello specifico, la dichiarazione di cui al citato modello G presentata dalla Ecologia Aliperti s.r.l. in sede di partecipazione e viste le annotazioni a suo carico presenti sul casellario informatico;

VISTO il provvedimento di revoca disposto dalla stazione appaltante in data 19 novembre 2019, secondo cui, in esito al contraddittorio instauratosi tra le parti relativamente alla dichiarazione di cui al citato modello G, lettera c-ter) e alla rilevata presenza sul casellario informatico di annotazioni aventi ad oggetto risoluzioni contrattuali per inadempimento e applicazione di penali per gravi inadempimenti contrattuali, relative all'esecuzione di prestazioni analoghe a quelle oggetto dell'affidamento della gara *de qua*, nonché aventi collocazione temporale recente e significativa gravità, la stazione appaltante disponeva la revoca del provvedimento di aggiudicazione disposto in data 15 ottobre 2019. In particolare, richiamando la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

giurisprudenza sul punto, la stazione appaltante riteneva che l'omessa dichiarazione delle precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento avevano impedito la possibilità di valutazione delle condotte pregresse dell'operatore economico e la verifica della sua affidabilità;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 22 gennaio 2020, con nota prot. n. 5219;

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

VISTE, nello specifico, le argomentazioni riportate nella memoria della stazione appaltante, con cui la stessa sosteneva la legittimità del proprio operato in considerazione del fatto che la mancata dichiarazione delle precedenti risoluzioni contrattuali non aveva consentito all'amministrazione di valutare l'affidabilità del concorrente, precisando che si trattava di vicende contrattuali recenti, verificatesi tra il 2017 e il 2018 ed annotate su casellario tra il 2018 e il 2019, che avevano condotto alla risoluzione del contratto, anche per grave inadempimento, ed erano relative ad affidamenti simili a quello oggetto della gara *de qua* ed evidenziando come la circostanza per cui le risoluzioni in parola erano state contestate in giudizio ed erano ancora *sub iudice* non esonerava il concorrente dalla relativa dichiarazione;

VISTA altresì la memoria integrativa inviata dall'odierno istante in cui, nel ribadire l'illegittimità del provvedimento di revoca adottato dalla stazione appaltante, viene evidenziata la cancellazione di una delle annotazioni in esso riportate;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO che l'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione anteriore alla novella introdotta dal d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12, disponeva l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto quando 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»;

CONSIDERATO che l'articolo 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. 50/2016, in esito alla modifica di cui al citato d.l. n. 135/2018, convertito dalla legge n. 12/2019, ha eliminato il riferimento al carattere della definitività del provvedimento di risoluzione ed ha previsto che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico che «abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa»;

RILEVATO che la disposizione applicabile *ratione temporis* alla gara di cui alla odierna controversia è quella risultante dalla sopra indicata modifica normativa, stante l'indizione della procedura in data 16 luglio 2019;

CONSIDERATO che, con riferimento al quadro normativo anteriore alla citata riforma, in ordine 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 lettera c), comma 5, dell'articolo 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. Consiglio di 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 illecito professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»; cfr. altresì, ANAC delibere n. 678 del 17 luglio 2019 e n. 1002 del 23 ottobre 2019);

RILEVATO che tale questione è stata rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di verificare la compatibilità con il diritto europeo dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50/2016 nella lettura “restrittiva” proposta dall'orientamento che riteneva essenziale la definitività dell'accertamento dei fatti costituenti l'illecito professionale; interpretazione ritenuta contrastante con l'articolo 57, paragrafo 4 della direttiva 2014/24/UE e 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;

RILEVATO che con sentenza del 19 giugno 2019, C-41/18 la Corte di Giustizia ha statuito che «l'articolo 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, 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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 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 omissso 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 il principio così affermato abbia valore generale e possa rilevare anche nella fattispecie controversa odierna;

CONSIDERATO quindi 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 (Consiglio di Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467, ANAC delibere n. 678 del 17 luglio 2019, n. 1002 del 23 ottobre 2019 e n. 72 del 24 gennaio 2018) e che l'eventuale provvedimento di esclusione «deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del progresso 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 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);

RITENUTO, pertanto, nel caso di specie, in considerazione dei sopra citati orientamenti ermeneutici, legittimo l'operato della stazione appaltante relativamente alla mancata dichiarazione dell'operatore economico, non rilevando, a giustificazione della condotta del concorrente, il fatto che le precedenti risoluzioni fossero *sub iudice*, essendo invece lo stesso tenuto a dichiarare tali fattispecie al fine di consentire all'amministrazione la congrua valutazione dell'affidabilità dell'operatore;

RITENUTE conseguentemente infondate le contestazioni addotte dall'odierno istante;

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dalla A2AAmbiente S.p.A nei confronti della Ecologia Aliperti s.r.l.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2020

Il Segretario *Maria Esposito*