



DELIBERA N. 443

9 giugno 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS]S.r.l. – Procedura di affidamento, mediante accordo quadro, dei lavori di manutenzione delle opere di sicurezza ed opere complementari - Importo a base di gara: Euro 2.500.000,00 - S.A.: Tangenziale di Napoli S.p.A.

PREC 84/2021/L

Riferimenti normativi

Art 80, comma 5, lett. c-*ter*) del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Grave illecito professionale, risoluzione contrattuale.

Massima

Grave illecito professionale – Risoluzioni contrattuali – Valutazione discrezionale della stazione appaltante – Sindacato.

Grave illecito professionale – Risoluzioni contrattuali – Esclusione - Motivazione.

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*ter*) del Codice, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto delle precedenti risoluzioni contrattuali è rimessa alla stazione appaltante, alla quale è stato riconosciuto un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità professionale dell'operatore economico. Ne consegue che il sindacato che il Giudice Amministrativo (ed anche l'Autorità) può compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento è limitato alla sua irragionevolezza o illogicità.

La stazione appaltante è tenuta a dare conto di avere compiuto un'autonoma valutazione delle fonti di prova da cui ha tratto conoscenza del pregresso errore professionale in cui è incorso l'operatore



economico e di avere considerato le circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento dell'affidabilità professionale del concorrente. È, pertanto, legittimo il provvedimento di esclusione con il quale la stazione appaltante (dopo avere proceduto ad una valutazione autonoma dei fatti oggetto dei provvedimenti risolutivi) ha fornito una adeguata motivazione sulla gravità degli inadempimenti e loro attinenza con l'oggetto dell'affidamento, nonché sulla loro rilevanza sotto il profilo temporale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 giugno 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 21565 del 12 marzo 2021, con la quale la società [OMISSIS]S.r.l. ha contestato l'esclusione disposta dalla SA, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del Codice, per la riscontrata sussistenza di due provvedimenti di risoluzione contrattuale per grave inadempimento disposti da due Amministrazioni entro il triennio di partecipazione alla gara e nell'ambito dell'esecuzione di due contratti di appalto aventi ad oggetto prestazioni analoghe a quelle oggetto della procedura in epigrafe;

RILEVATO che l'istante ha esposto di avere dichiarato, in sede di DGUE, le due pregresse risoluzioni contrattuali contestate in giudizio, nonché un decreto di citazione diretta a giudizio emesso nei confronti del legale rappresentante della società per il reato di cui all'art. 256, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 152/2006 (procedimento penale tutt'ora pendente), precisando di avere riscontrato la richiesta di chiarimenti della SA, mediante la successiva presentazione degli atti di risoluzione, degli atti di citazione dinanzi al G.O. e del ricorso per accertamento tecnico preventivo. In particolare, l'istante contesta il provvedimento di esclusione per: *i)* difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto la SA non avrebbe effettuato una autonoma valutazione sulla gravità dei fatti relativi alle risoluzioni dichiarate, non avrebbe considerato che entrambe sono *sub iudice*, che altra Amministrazione ha valutato tali provvedimenti come non idonei a incidere sull'affidabilità professionale dell'impresa; *ii)* gli inadempimenti contrattuali che hanno dato luogo alle due risoluzioni sono di "lieve entità" e non "gravi"; *iii)* la segnalazione all'Anac effettuata dalla SA sarebbe, comunque, illegittima, non venendo in rilievo profili di falsa dichiarazione e/o falsa documentazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 26502 del 30 marzo 2021;

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

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante (acquisita al prot. n. 27360 del 6 aprile 2021), nella quale è stata eccepita l'inammissibilità dell'istanza, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento di precontenzioso, in quanto, entro i termini decadenziali (ex art. 120 c.p.a.), non è stato proposto ricorso giurisdizionale e il provvedimento di esclusione dalla gara ha acquisito carattere definitivo;

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza è ammissibile e tempestiva, in quanto, a fronte della comunicazione dell'esclusione con pec del 10.02.2021, l'istanza di precontenzioso è stata presentata il 12.03.2021 (ultimo giorno utile). Infatti, ai fini della condizione di ammissibilità di cui all'art. 7, comma 1,



lett. c) del citato Regolamento, occorre valutare se, entro il termine di 30 giorni dalla conoscenza del provvedimento lesivo, l'interessato abbia contestato lo stesso o in sede giurisdizionale ovvero in sede di precontenzioso (atteso che quest'ultimo è stato considerato dal legislatore quale rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale, con funzione deflattiva del contenzioso);

CONSIDERATO, nel merito della questione controversa, che l'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del Codice (*ratione temporis* applicabile) prevede come causa di esclusione la circostanza che *"l'operatore economico 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 comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa"*. Tale disposizione (in esito alla modifica di cui al D.l. n. 135/2018, convertito dalla L. n. 12/2019), risolvendo il precedente contrasto interpretativo, non richiede più il carattere definitivo del provvedimento di risoluzione, sicché anche in pendenza del procedimento civilistico di contestazione della risoluzione, la stazione appaltante può, fornendo adeguata motivazione e all'esito del contraddittorio, escludere l'operatore qualora ritenga che si sia reso colpevole di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto (cfr. *ex multis* Delibera Anac n. 124 del 12 febbraio 2020);

CONSIDERATO, inoltre, 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 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 omesso 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;

CONSIDERATO che, in ossequio all'orientamento sostanzialista assunto dalla Corte di Giustizia, la giurisprudenza ha precisato che *"ai fini della valutazione dell'affidabilità e integrità dell'impresa, il giudizio dell'amministrazione non può che investire i fatti che hanno dato vita alla risoluzione in sé, in tutti i loro profili sostanziali, e non la sola valutazione e la qualificazione che di essi abbia fatto la stazione appaltante che ha emanato l'atto negoziale unilaterale di risoluzione, così come neppure sarebbe possibile rimettere tale valutazione al giudice chiamato a decidere del rapporto risolto. Si tratta infatti di un giudizio autonomo di tipo prognostico che non incide in alcun modo sul sottostante rapporto contrattuale risolto"* (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 21 gennaio 2021, n. 208). La stazione appaltante è tenuta a dare conto di avere compiuto *"un'autonoma valutazione delle fonti di prova da cui ha tratto conoscenza del pregresso errore professionale in cui è incorso l'operatore economico e di avere considerato le circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento dell'affidabilità professionale del concorrente"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2020, n. 7730);

VISTE le 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;

CONSIDERATO che la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione delle precedenti risoluzioni contrattuali è rimessa alla stazione appaltante, alla quale è stato riconosciuto un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità professionale dell'operatore economico (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; 23 agosto 2018, n. 5040; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; 3 aprile 2018, n. 2063; 2 marzo 2018, n. 1299; 4 dicembre 2017, n. 5704). Ne consegue che il sindacato che il Giudice Amministrativo (ed anche l'Autorità) può compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento *"deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa"* (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312)" (così Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1367; Id. Cons. Stato, n. 7730/2020 cit.; TAR Milano, n. 208/2021 cit.);

CONSIDERATO, inoltre, che il comma 10-bis dell'art. 80 del Codice (introdotto dal D.l. n. 32/2019, cd. Decreto Sblocca cantieri, convertito dalla L. 55/2019), sotto il profilo della rilevanza temporale delle cause di esclusione di cui al comma 5 dell'art. 80 (dunque, anche della valutabilità della risoluzione a fini escludenti), prevede che *"nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso"* (sulla portata di tale disposizione cfr. Delibera Anac n. 579 del 26 giugno 2019). La giurisprudenza ha precisato che *"la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio, assumendo rilevanza, ai fini della decorrenza di siffatto periodo, la data di adozione della determinazione amministrativa di risoluzione unilaterale (C.d.S., Sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635, 5 marzo 2020, n. 1605 e 6 maggio 2019, n. 2895)"* (Cons. St. III, n. 7730/2020, cit.).

RITENUTO che, nel caso di specie, siano stati rispettati, dalla stazione appaltante, i principi sopra enunciati;

RILEVATO, infatti, che, dalla documentazione in atti, si evince che la SA, ai fini del giudizio di affidabilità professionale dell'impresa non ha attribuito rilevanza ai fatti che hanno portato all'emissione del decreto penale di condanna (in quanto *"l'assenza di un provvedimento di condanna di primo grado e, in ogni caso, di misure cautelari ... non consentono di considerare i fatti dichiarati come "accertati" e di qualificare i medesimi alla stregua di grave illecito professionale"*). Con riferimento ai due provvedimenti di risoluzione è stato rilevato che:

- l'inadempimento che ha portato ANAS S.p.A. a risolvere il contratto rep. 45161/13234 del 1.10.2018 è grave in quanto l'ATI a cui apparteneva l'impresa aveva proceduto ad una sospensione unilaterale delle *"attività, lasciando che scadessero i termini contrattuali, senza realizzare le opere"*, disattendendo gli ordini di servizio emessi dal RUP; tale contratto aveva ad oggetto lavorazioni, sotto il profilo della qualificazione SOA, analoghe a quelle della procedura in epigrafe e la risoluzione era recente (1° agosto 2019);
- l'inadempimento che ha portato Autostrade per l'Italia a risolvere il contratto SAP 1000006597 del 17.04.2019 è stato considerato particolarmente grave in quanto *"la Costruzioni Ruberto, a seguito della consegna dei lavori avvenuta in data 25/09/2019 e alla sospensione parziale delle attività"*



(avvenuta dal 6/06/2019 al 30/07/2019 in ragione della presenza di un ordigno bellico) ha dimostrato nell'esecuzione del contratto le seguenti carenze e negligenze: - inattività del cantiere, mancato presidio del medesimo, carenze risorse di cantiere e organizzative; - inottemperanza a disposizioni della DL e del RUP; - inottemperanza in merito ad aspetti di tutela ambientale e gestione delle terre e rocce da scavo; - inadempimenti e carenze inerenti la predisposizione propedeutica ai lavori della documentazione di prequalifica e qualifica dei materiali; - inadempimenti e carenze inerenti la predisposizione degli aggiornamenti del programma operativo di dettaglio dei lavori"; anche in questo caso il contratto aveva ad oggetto lavorazioni, sotto il profilo della qualificazione SOA, analoghe a quelle della procedura in epigrafe e la risoluzione era recente (5 maggio 2020);

- *è stato, inoltre, evidenziato che: "la gravità degli inadempimenti dell'impresa nei due contratti che sono stati sopra descritti appare di particolare rilievo, denotando una condotta improntata a negligenza o imperizia, pregiudicando, sul piano obiettivo, l'interesse pubblico alla corretta ed efficace esecuzione del contratto d'appalto e, sul piano soggettivo, qualificando come oggettivamente inaffidabile l'eventuale aggiudicatario che a tale condotta ha dato causa. Il tutto anche alla luce del fatto che la procedura in corso ha ad oggetto L'AFFIDAMENTO, MEDIANTE ACCORDO QUADRO, DEI LAVORI DI MANUTENZIONE DELLE OPERE DI SICUREZZA ED OPERE COMPLEMENTARI DELLA TANGENZIALE DI NAPOLI, ossia, come si può ben immaginare, di lavorazioni che investono il delicato profilo della sicurezza dell'asse autostradale, in cui si esige la presenza di un appaltatore che sia efficace ed efficiente nello svolgimento delle lavorazioni oggetto dei contratti attuativi che saranno emessi in fase esecutiva";*

RITENUTO che, ferma restando l'ampiezza del potere discrezionale dell'Amministrazione in merito alla valutazione dell'affidabilità dei concorrenti, il giudizio di gravità del comportamento della società istante per il verificarsi di diversi episodi di sospensione unilaterale dei lavori, inattività del cantiere, inottemperanza ad ordini del RUP e a disposizioni della DL, nonché ulteriori inadempimenti, non può essere considerato sproporzionato od irragionevole, in considerazione del fatto che la stazione appaltante è un'Amministrazione che deve assicurare la sicurezza dell'asse autostradale e l'efficace ed efficiente realizzazione dei lavori di manutenzione della tangenziale;

RITENUTO, dunque, che con specifico riferimento alle censure formulate dall'istante che la stazione appaltante ha in realtà proceduto ad una valutazione autonoma dei fatti oggetto dei due provvedimenti risolutivi; il provvedimento di esclusione dalla gara è adeguatamente motivato (e non è affetto da difetto di istruttoria) sia sotto il profilo della gravità degli inadempimenti e della attinenza con l'oggetto del presente affidamento, sia sotto il profilo della rilevanza temporale (trattandosi di risoluzione adottate entro il triennio di indizione della gara, ex art. 80, comma 10-*bis*, del Codice). Di contro, ai fini della valutazione di affidabilità dell'operatore, non rileva né la circostanza che si tratti di risoluzione *sub iudice* (come in precedenza evidenziato), né la diversa valutazione effettuata da altre stazioni appaltanti (che non hanno escluso l'impresa istante dalle gare), in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza, il giudizio di affidabilità è un "*elemento a carattere squisitamente soggettivo*" (Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2012, n. 2312; TAR Lombardia, n. 208/2021, cit.);

CONSIDERATO, infine, per quanto riguarda la segnalazione all'Anac, che, in ossequio a quanto statuito dalla prevalente giurisprudenza (cfr. *ex multis* TAR Toscana, sez. I, 18 gennaio 2021, n. 62; Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2017, n. 5331; Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2012, n. 3428), la segnalazione della stazione appaltante si configura come mero atto prodromico ed endoprocedimentale, non dotato di autonoma lesività, e, come tale, non immediatamente impugnabile, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità. Sarà l'Ufficio



dell'Autorità competente all'avvio del procedimento sanzionatorio, a valutare la sussistenza degli estremi di cui all'art. 80, comma 12, del Codice.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto il giudizio di affidabilità professionale dell'impresa istante – ferma restando la sua natura discrezionale – non appare né sproporzionale né irragionevole ed il provvedimento di esclusione dalla gara è adeguatamente motivato, sia sotto il profilo della gravità degli inadempimenti e della attinenza con l'oggetto del presente affidamento, sia sotto il profilo della rilevanza temporale delle pregresse risoluzioni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente