



## DELIBERA N. 20

13 gennaio 2021.

### 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 Nettuno –Gara europea a procedura aperta per l'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di ricovero, mantenimento e cura dei cani e gatti randagi catturati sul territorio comunale avente durata di un anno rinnovabile per un ulteriore anno – Valore della gara: euro 395.842,25 - S.A.: Comune di Nettuno (RM)

**PREC 262/2020/S**

### Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 5 lett. c-*ter*) e comma 10-*bis* d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Cause di esclusione –risoluzione contrattuale - motivazione

### Massima

**Cause di esclusione – precedente risoluzione contrattuale – valutazione in contraddittorio - spetta alla stazione appaltante – motivazione**

Spetta alla stazione appaltante valutare l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che abbia dichiarato una precedente risoluzione contrattuale. La determinazione della stazione appaltante va adottata all'esito di apposito contraddittorio, e adeguatamente motivata. La motivazione tiene conto del tempo trascorso, della gravità delle circostanze e della loro pertinenza con l'oggetto del servizio da affidare.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 gennaio 2021



## DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 95341 del 15 dicembre 2020, con la quale la stazione appaltante Comune di Nettuno chiede parere all'Autorità in merito alla possibilità di escludere dalla gara in oggetto l'operatore economico Pensione per cani Alba Dog S.r.l. Unipersonale, unica ditta ad aver presentato domanda di partecipazione. La ditta dichiarava infatti nel DGUE una precedente risoluzione contrattuale per inadempimento disposta dal Comune di Pomezia il 6 febbraio 2018, ritenuta legittima dal Tribunale di Roma con Ordinanza del 26 aprile 2018. Il Comune istante riferisce che già nel 2016 la Alba Dog S.r.l. aveva proposto ricorso al Tribunale di Velletri perché pronunciasse la risoluzione del contratto per inadempimento del Comune di Pomezia, ricorso che veniva rigettato per incompetenza. Il competente Tribunale di Roma – Sezione Specializzata Imprese, con la sopra citata Ordinanza, riteneva invece «verosimile che le condotte poste in essere da Alba Dog integrino inadempimenti delle obbligazioni dedotte nel contratto di appalto stipulato tra le parti; dette condotte, più volte oggetto di formale contestazione da parte dell'odierno resistente, hanno comportato, sin dal principio, notevoli difficoltà in capo all'Ente appaltante nell'esercizio del controllo circa la corretta esecuzione del servizio di affidamento. [...] dalla documentazione depositata in atti, questo Giudice ritiene che sia stata fornita evidenza di come le condotte tenute dalla ricorrente siano state tali da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, configurando un'ipotesi di grave inadempimento che legittima, ex art. 108 del D. Lgs. n. 50/2016, la risoluzione del contratto». Il Comune di Nettuno riferisce anche che l'operatore economico rinunciava a proporre appello contro la sopra richiamata Ordinanza del Tribunale di Roma, non avendo più interesse a proseguire il rapporto contrattuale con il Comune di Pomezia, ed osserva che, al tempo della predetta risoluzione contrattuale, non era ancora stata introdotta la lettera *c-ter*) al comma 5 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016, che prevede tale circostanza come causa di esclusione nelle gare future. In ogni caso la S.A. riteneva di sospendere ogni determinazione in merito e chiedere un parere all'Autorità in ordine alla possibilità, alla luce della suesposta vicenda, di escludere l'operatore economico dalla gara;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 97029 del 21 dicembre 2020;

VISTA la nota di riscontro dell'operatore economico Alba Dog S.r.l., acquisita al prot. n. 97286 del 22 dicembre 2020, con la quale è stata prodotta la documentazione relativa alla vicenda della precedente risoluzione contrattuale;

VISTO l'art. 80, comma 5 lett. *c-ter*), che dispone l'esclusione nel caso in cui: «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»;

VISTA la giurisprudenza che, in merito alla norma sopra richiamata, afferma che «Trattasi, all'evidenza, di una fattispecie escludente ad applicazione non automatica (né, per tale ragione, i relativi presupposti applicativi sono acclarabili autonomamente dal giudice), in quanto presupponente lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante, estese anche "al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa": ne discende che non è il mero accertamento del provvedimento sanzionatorio *aliunde* adottato (sotto forma di risoluzione per inadempimento, condanna risarcitoria o altra "sanzione comparabile") a far scattare la sanzione espulsiva, in quanto, sebbene lo stesso sia astrattamente atto a veicolare "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto", queste sono a loro volta autonomamente valutabili dall'Amministrazione ai fini dell'esercizio del potere escludente dalla



specifica gara» (Cons. Stato, Sez. III 22 dicembre 2020, n. 8238). La giurisprudenza ha anche rammentato che l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 individuava alcune condotte da qualificarsi *ex lege* come "gravi illeciti professionali" che poi sono state spostate nelle lettere *c-bis* e *c-ter*) ad opera della novella di cui al D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12), che ha previsto che integrino distinte cause di esclusione le circostanze già contemplate nel testo originario (Cons. Stato, Sez. IV 8 ottobre 2020, n. 5967). Essa ha poi osservato che «l'art. 80, comma 5 lett *c-ter*) va interpretato in connessione con il successivo comma 10-*bis* del medesimo art. 80, che delimita in tre anni il periodo entro cui una pregressa vicenda professionale negativa può comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara. Ne deriva 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. La stazione appaltante è tenuta, nella motivazione dell'esclusione, a dar conto in modo adeguato di aver 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 (Cons. Stato Sez. III, Sent., 7 dicembre 2020, n. 7730)»;

VISTE le Linee guida Anac n. 6, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice», adottate con deliberazione n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017, che al par. 2.2.1 precisano che l'esclusione dalla gara va disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata (v. anche parere n. 579 del 26 giugno 2019);

CONSIDERATO quindi che, nel caso di specie, la precedente risoluzione contrattuale ricade nell'ambito di applicazione del richiamato art. 80, comma 5, lett. *c-ter*) del d.lgs. 50/2016, in quanto tale norma non è altro che il risultato della separazione, ad opera della novella di cui al di cui al D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12), delle circostanze di esclusione già contemplate nel precedente testo della lettera c). Spetta quindi alla stazione appaltante istante valutare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, all'esito del contraddittorio instaurato con lo stesso, motivando adeguatamente alla luce dei richiamati principi. Nel motivare la propria decisione, essa deve tenere conto del tempo trascorso dalla precedente risoluzione contrattuale, della gravità delle circostanze e della loro pertinenza con l'oggetto del servizio da affidare;

#### Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- spetta alla stazione appaltante istante valutare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, all'esito del contraddittorio instaurato con lo stesso, motivando adeguatamente alla luce dei richiamati principi. Nel motivare la propria decisione, essa deve tenere conto del tempo trascorso



dalla precedente risoluzione contrattuale, della gravità delle circostanze e della loro pertinenza con l'oggetto del servizio da affidare.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente