

DELIBERA N. 90

23 febbraio 2022.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da COR.EL. S.r.l. – Procedura europea per la fornitura di attrezzature, celle frigo e forniture inox al Centro Produzione Pasti Lazzaretto di Bologna - Importo a base di gara: Euro 1.076.281,75. - S.A.: Comune di Bologna.

PREC 5/2022/F

Riferimenti normativi

Artt. 80 e 93 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Garanzia provvisoria, escussione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 febbraio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 92541 del 23 dicembre 2021, con la quale la Società COR.EL. S.r.l. ha contestato la revoca dell'aggiudicazione (inizialmente adottata in proprio favore dal Comune di Bologna) con riferimento alla richiesta di escutere la garanzia provvisoria, in seguito alla valutazione di non affidabilità professionale dell'impresa istante;



RILEVATO che secondo l'istante, nel caso di specie, la revoca dell'aggiudicazione non sarebbe dipesa dalla mancanza dei requisiti di partecipazione in capo alla concorrente ovvero dalla falsità o incompletezza delle dichiarazioni rese in sede di gara, bensì dalla valutazione discrezionale effettuata dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice. Pertanto, l'escussione della garanzia sarebbe illegittima in quanto la mancata sottoscrizione del contratto non sarebbe imputabile ad un comportamento scorretto tenuto in corso di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 2438 del 14 gennaio 2022;

VISTA la documentazione in atti e in particolare la Determinazione Dirigenziale del Comune di Bologna n. P.G. 541124/2021 (recante *"revoca ex art. 21-quinquies L. n. 241/1990 del provvedimento di aggiudicazione disposta con Determinazione Dirigenziale P.G. n. 75759/2021 del 17/2/2021"*) dalla quale si evince che la procedura in oggetto era stata aggiudicata, in data 17 febbraio 2021 alla COR.EL. S.r.l. (unico concorrente), la quale in fase di gara aveva dichiarato tre risoluzioni contrattuali, nonché la presenza di annotazioni sul Casellario informatico Anac. In fase di esame della documentazione amministrativa, il Seggio di gara aveva ritenuto tali circostanze non ostative alla partecipazione del concorrente, procedendo alla sua ammissione e all'apertura dell'offerta economica (che riportava un ribasso del 2,888%) e in seguito la stazione appaltante aveva disposto l'aggiudicazione della fornitura a favore dell'istante, subordinandone l'efficacia agli accertamenti sul possesso dei requisiti ex art. 80;

VISTO che, nel corso dei suddetti accertamenti, il RUP ha verificato che a carico dell'impresa risultavano tre annotazioni nel Casellario informatico Anac (riportate anche nel DGUE) relative a tre diversi provvedimenti di risoluzione contrattuale per grave inadempimento del fornitore e che, prima di procedere alla revoca dell'aggiudicazione, il RUP ha avviato un procedimento in contraddittorio, rimasto del tutto privo di riscontro da parte della Società. Il RUP ha conseguentemente ritenuto che *"le suddette inadempienze denotino una evidente scarsa consapevolezza della delicatezza del ruolo di appaltatore di contratti pubblici, ponendo ragionevoli dubbi sulla sua affidabilità, elementi che possono esporre l'Amministrazione al rischio di diseconomie ed inefficienza nello svolgimento della propria attività e quindi ostative al perseguimento dell'interesse pubblico; appare evidente infatti il comune denominatore che ha contraddistinto l'operato della COR.EL. S.r.l., rappresentato da reiterata negligenza nell'esecuzione di precedenti rapporti contrattuali oggetto delle annotazioni, che questa Amministrazione ritiene grave anche alla luce delle specifiche forniture che lo stesso sarebbe stato chiamato a svolgere nell'ambito dell'appalto di cui trattasi"*. Su proposta del RUP, la stazione appaltante ha, dunque, disposto la revoca del provvedimento di aggiudicazione (sottolineando, sotto il profilo dell'interesse pubblico che l'aggiudicazione alla COR.EL. la esporrebbe al rischio di inefficienza, inadeguatezza e diseconomie nello svolgimento delle attività rientranti nell'appalto) e l'escussione della garanzia provvisoria prestata in sede di gara dall'operatore;

PREMESSO che la Società istante ha contestato il provvedimento *de quo* esclusivamente nella parte in cui è stato disposto che la revoca del provvedimento di aggiudicazione comporta l'escussione della garanzia provvisoria, senza, tuttavia, censurare la valutazione discrezionale di inaffidabilità professionale svolta dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice;

CONSIDERATO che l'art. 93, comma 6, del Codice nella versione applicabile *ratione temporis* (dopo le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 56/2017) stabilisce che *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6*



settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto;

TENUTO CONTO che di recente la Sezione Quarta del Consiglio di Stato (con sentenza non definitiva n. 26 del 4 gennaio 2022) ha rimesso all'Adunanza Plenaria il quesito di diritto *"se l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione"*. Tale questione si è posta in quanto il nuovo Codice non prevede più l'obbligo di controllo a campione del possesso dei requisiti nonché la verifica nei confronti del secondo classificato e il conseguente incameramento della cauzione provvisoria in caso di verifica con esito negativo, anche nei confronti di soggetti diversi dall'aggiudicatario (a differenza dell'art. 48, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, sul quale cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 34/2014). Pertanto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, l'art. 93, comma 6, del nuovo Codice, letto in combinato disposto con gli artt. 36, comma 6, 85, comma 5 e 32, comma 7 (che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario), sembrerebbe non consentire l'escussione della cauzione a carico di un soggetto destinatario della mera proposta di aggiudicazione (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3299 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame, in combinato disposto con l'art. 216 del Codice, in relazione alla mancata previsione della retroattività della nuova regola, quale disciplina sanzionatoria sopravvenuta più favorevole; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367; TAR Lazio, Roma, 5 febbraio 2020, n. 1553; Id., 23 gennaio 2019, n. 900);

RILEVATO che il caso in esame esula dal quesito interpretativo deferito all'Adunanza Plenaria, in quanto la Società istante è il soggetto in favore del quale era stata disposta l'aggiudicazione, e non semplicemente il destinatario della proposta di aggiudicazione;

CONSIDERATO che l'attuale formulazione dell'art. 93, comma 6, individua, quale presupposto dell'escussione della cauzione provvisoria, la sussistenza di un *"fatto riconducibile all'affidatario"* ovvero *"l'adozione di informazione antimafia interdittiva"*, essendo stato eliminato (in seguito al D.Lgs. n. 56/2017) ogni riferimento all'elemento soggettivo dell'affidatario (*"condotta connotata da dolo o colpa grave"*). Come sottolineato dal Consiglio di Stato (sent. n. 26/2022 cit.), la locuzione *"fatto riconducibile all'affidatario"* esprime un collegamento meramente eziologico tra un *"fatto"* dell'aggiudicatario e la *"mancata sottoscrizione del contratto"* e si applica in tutte le ipotesi in cui non si è addivenuti alla stipulazione del contratto per fatti ovvero circostanze riconducibili alla sfera giuridica dell'affidatario, compresi i casi di difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei requisiti di partecipazione alla gara;

RILEVATO che la garanzia provvisoria opera anche in caso di mancanza dei requisiti di ordine generale, dichiarati dall'aggiudicatario in sede di DGUE, in quanto tale carenza integra senza dubbio la nozione di *"fatto riconducibile all'affidatario"* che preclude la sottoscrizione del contratto. Sotto tale aspetto, merita sottolineare che (diversamente da quanto sostenuto dall'istante) la garanzia provvisoria copre tutte le ipotesi in cui l'aggiudicatario, all'esito delle verifiche di cui all'art. 32, comma 7, del Codice risulta carente di uno dei requisiti di cui all'art. 80, comprese le fattispecie riconducibili al *genus* del *"grave errore professionale"* la cui valutazione richiede l'esercizio di un potere discrezionale da parte della stazione appaltante e l'instaurazione preventiva di un contraddittorio con l'operatore (cfr. Linee guida Anac n. 6). Il fatto che la Società ha dichiarato, in sede di DGUE, le tre risoluzioni annotate nel casellario Anac (da cui la SA ha desunto che l'operatore non è un soggetto affidabile) non incide sull'operatività della garanzia provvisoria, ma comporta solo la non applicabilità delle sanzioni accessorie che sarebbero derivate in

caso di dichiarazione falsa, quale la segnalazione all'Anac per omessa/falsa dichiarazione e il conseguente procedimento sanzionatorio;

RITENUTO che, ai fini dell'escussione dalla garanzia provvisoria, l'art. 93, comma 6, del Codice richiede solo che la mancata stipulazione del contratto sia stata una conseguenza diretta, immediata ed esclusiva di un "*fatto*" afferente la sfera giuridica dell'aggiudicatario, senza attribuire rilievo all'eventuale sussistenza di buona fede da parte di quest'ultimo (quale potrebbe ravvisarsi dalla condotta di avere dichiarato le annotazioni sul Casellario Anac). Tale lettura appare confermata dall'espunzione, nel testo vigente della disposizione, di ogni riferimento all'elemento soggettivo dell'affidatario, contemplato nella versione originaria dell'art. 93; da tale dato si desume, infatti, che la stazione appaltante è tenuta ad escutere la cauzione provvisoria in caso di carenza (originaria o sopravvenuta) dei requisiti ex art. 80, prescindendo da una valutazione di colpevolezza in capo all'interessato;

RITENUTO, dunque, che, nel caso di specie, l'escussione della garanzia è stata legittimamente disposta dalla stazione appaltante, in quanto la revoca dell'aggiudicazione e la conseguente mancata stipula del contratto di fornitura con COR.EL. S.r.l. è stata determinata esclusivamente dalla carenza del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-*ter*) del Codice (valutazione, peraltro, non contestata dalla Società).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'escussione della garanzia provvisoria disposta dalla Stazione appaltante, in seguito all'accertamento della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-*ter*) del Codice in capo all'aggiudicatario.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 2 marzo 2022

Il Segretario verbalizzante Valentina Angelucci

Firmato digitalmente