



DELIBERA N. 141

Del 04.04.2023

Oggetto

Fascicolo UVLA 2235/2022

APS Holding SPA: Procedura aperta per appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo per la realizzazione della nuova linea tranviaria di Padova Sir 3 (CIG: 88315032D4, importo a base d'asta: 55.509.978,46 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. 91 del 09.08.2021 nonché sul sito internet della stazione appaltante, APS Holding SPA – società in house del Comune di Padova - indicava una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto la redazione della progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo per la realizzazione della nuova linea tranviaria di Padova Sir 3, con un importo a base d'asta pari a 55.509.978,46 euro.

La procedura, da svolgersi su piattaforma telematica e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva quale termine per la ricezione delle offerte la data del 04.10.2021 e la durata dell'esecuzione in 645 giorni naturali.

Previo esperimento delle operazioni di gara nelle sedute del 15, 21, 23, 28 e 30 dicembre 2021, ed in seguito alla verifica della documentazione amministrativa da parte del Rup con delibera del Consiglio di amministrazione n. 943 del 04.03.2022 si procedeva all'aggiudicazione della procedura in favore del RTI *omissis* per un importo complessivo pari a 47.380.367 euro oltre IVA e oneri di sicurezza.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 33772 del 04.05.2022 un deputato della Camera segnalava varie criticità della procedura in oggetto, ovvero in merito all'assenza dei requisiti generali in capo all'operatore risultato aggiudicatario e alla valutazione dell'offerta del medesimo.

In particolare segnalava la presumibile mancata presentazione della certificazione antimafia da parte dell'aggiudicatario, in quanto nel verbale di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario RTI *omissis* ai sensi dell'art. 32 comma 7 D.lgs. 50/2016, del 21.04.2022, il Rup aveva rappresentato che "non risulta completato l'iter dell'informativa antimafia in quanto alcune richieste sono ancora in fase istruttoria da parte dell'ente"; nonché la mancata assunzione della certificazione in merito agli adempimenti di cui alla

legge in materia di assunzioni obbligatorie in quanto nel medesimo verbale risultava che *"in merito alla verifica dell'autodichiarazione circa l'ottemperanza alla L. 68/98 ad oggi non è pervenuto riscontro da parte dell'ente interrogato alla richiesta di verifica"*.

Nell'esposto si denunciava, altresì, la presenza di precedenti penali non dichiarati nel DGUE, ed infine la presenza di un'annotazione interdittiva dell'Autorità a carico di *omissis* - capogruppo del RTI di progettisti del raggruppamento aggiudicatario.

L'annotazione riguardante l'interdizione dalla partecipazione alle gare per 30 giorni, era stata iscritta nel casellario dell'Autorità in data 12.02.2022 (con scadenza 14.03.2022) in esecuzione della delibera Anac n. 60 del 2.2.2022 con cui era stata accertata la falsa dichiarazione sorretta da colpa grave in merito al possesso del requisito di cui all'art. 80 comma 4 D.lgs. 50/2016 concernente una grave violazione delle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali.

Tale annotazione, momentaneamente oscurata su disposizione del Tar Lazio, sez. I quater, con ordinanza n. 2282 del 4.4.2022, è stata reinserita in seguito all'ordinanza n. 3843 del 17.06.2022 con cui il Tar ha respinto la misura cautelare della sospensione dell'esecuzione della delibera Anac n. 60 del 2.2.2022 comminante la sanzione dell'interdittiva, e revocato la sospensione della stessa disposta con la precedente ordinanza.

Previo esame dell'esposto e dei documenti forniti, con nota prot. n. 55640 del 06.07.2022 è stato comunicato l'avvio del procedimento istruttorio, in cui è stata contestata la mancata esclusione dell'operatore pur in presenza di un'annotazione interdittiva dell'Autorità nei confronti della società capogruppo del RTI di progettisti, in quanto alla data del 04.03.2022 in cui il CDA della Asp Holding Spa ha deliberato l'aggiudicazione della gara in favore del RTI, *omissis* s.r.l. non aveva i requisiti per partecipare e conseguente divenire aggiudicatario della procedura.

Nella comunicazione di avvio venivano altresì richieste informazioni in merito alla mancata comunicazione di precedenti penali, alla conclusione del procedimento per l'acquisizione delle informative antimafia e il rispetto degli obblighi di assunzione di persone con disabilità ai sensi dell'articolo 17 della Legge 68/1999.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 60402 del 22.07.2022, il Responsabile Unico del procedimento ha fornito il riscontro richiesto rilevando la piena legittimità dell'operato della stazione appaltante, per le motivazioni che verranno specificate nel proseguito, e chiarendo che alla data del 21 aprile 2022 si fosse concluso con esito positivo l'iter per l'acquisizione delle verifiche antimafia e delle verifiche in merito alla regolarità degli adempimenti in materia di assunzioni obbligatorie a carico di tutte le imprese partecipanti al raggruppamento aggiudicatario.

In merito alla sussistenza di precedenti penali non dichiarati nel DGUE da parte dell'operatore, la stazione appaltante chiariva che *"l'irrelevanza dei precedenti penali non dichiarati ai fini dell'art. 80 del Codice Appalti discende dalla circostanza -del tutto pacifica e incontestabile (giacché emergente dalla documentazione acquisita e qui allegata - doc. 20) e, a giudizio della scrivente, decisiva- che tutti i precedenti penali non dichiarati (in parte anche oggetto di formale estinzione e/o depenalizzazione) risalgono a ben oltre 3 anni antecedenti rispetto alla data di pubblicazione del bando e ciò sia con riferimento alla data del definitivo accertamento giudiziale, sia -e a fortiori- con riferimento alla data di commissione del fatto oggetto del giudizio"*, con l'ulteriore precisazione per cui *"la Stazione Appaltante ha ritenuto di non considerare automaticamente escludente l'omissione dichiarativa, valutando, tuttavia, che la non rilevanza dei fatti ai sensi dell'art. 80, comma 5, Codice Appalti comportasse anche la non rilevanza della omissione dichiarativa"*.

Con riferimento al principale motivo di gravame ovvero la mancata esclusione dell'operatore per la mancanza di un requisito generale a fronte dell'iscrizione di un'annotazione interdittiva nel casellario



dell'Anac, il Rup ha ripercorso l'iter dell'intera vicenda rappresentando che in fase di verifica del possesso, da parte dell'aggiudicatario, dei requisiti di cui agli art. 80 e 83 del Codice Appalti "è emersa la circostanza della annotazione interdittiva a carico di omissis s.r.l. (soggetto questo che riveste il ruolo non di operatore economico concorrente, ma di C.d. progetti sta indicato); tale circostanza è stata oggetto di immediata segnalazione al RTI aggiudicatario, con richiesta di fornire ogni opportuno e documentato chiarimento; nei chiarimenti resi, il RTI, oltre a rimarcare il ruolo di mero progettista indicato rivestito da omissis S.r.l. e la sua conseguente irrilevanza ai fini contestati, ha comunque segnalato che l'annotazione interdittiva era oggetto di impugnazione avanti il TAR del Lazio con udienza fissata in data 29.3.2022 per la discussione della richiesta sospensiva; il 5.4.2022 il RTI ha trasmesso ad APS l'ordinanza del TAR Lazio n. 2282/2022 che disponeva la sospensione del provvedimento impugnato, con conseguente cancellazione dell'annotazione disposta nei confronti della ricorrente fino alla data del 28.6.2022 in cui si sarebbe tenuta una seconda udienza "cautelare" a valle dell'istruttoria disposta; considerato il tenore dell'anzidetta ordinanza e, in particolare, considerata la "cancellazione" dalla stessa disposta, al momento della chiusura del procedimento di verifica (21.4.2022), così come al momento della successiva stipulazione del contratto (29.4.2022), l'annotazione nel casellario ANAC a carico di omissis s.r.l. non risultava presente ed era, anzi, da considerare come non apposta (doc. 30); dopo circa due mesi, precisamente in data 23.6.2022, il RTI ha trasmesso la "seconda" ordinanza del TAR Lazio n. 3843/2022 di revoca dell'ordinanza in precedenza emessa, contestualmente comunicando l'intenzione di proporre immediato appello al Consiglio di Stato; a distanza di pochi giorni, il Consiglio di Stato, con decreto n. 3163/2022 emesso in data 7.7.2022, ha sospeso la "seconda" ordinanza del TAR Lazio, fissando l'udienza camerale per il giorno 28.7.2022".

Conclusivamente il Rup rilevava "la particolare complessità della fattispecie rispetto alla quale la Stazione Appaltante ha dovuto assumere una decisione finale per poter proseguire nella commessa oggetto di finanziamento ministeriale che impone l'assunzione di una "obbligazione giuridicamente vincolante" entro l'anno in corso. Si fa presente che detta decisione è stata assunta con particolare prudenza e scrupolo, e nel rispetto, altresì, delle esigenze "difensive" degli altri partecipanti alla gara, atteso che il contratto è stato stipulato non solo ben oltre il termine di stand still di cui al comma 9 dell'art. 32 Codice Appalti, ma anche oltre il termine di 45 (30+ 15) giorni che in base alla più recente elaborazione giurisprudenziale va concesso al secondo classificato onde consentirgli la disamina di tutta la documentazione di gara. Peraltro, il secondo classificato nella gara in esame, pur avendo avuto una ostensione completa della documentazione richiesta, non ha ritenuto di interporre impugnativa alcuna e sono ad oggi inutilmente decorsi tutti i termini utili allo scopo".

Per onere di completezza si rappresenta che con sentenza n. 2420 del 13.02.2023 il Tar Lazio Sez prima quater ha respinto il ricorso per l'annullamento della delibera Anac n. 60 del 02.02.2022 confermando pertanto le sanzioni ivi irrorate.

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla mancata esclusione dell'operatore privo di un requisito di carattere generale derivante dal ricorrere di un'annotazione interdittiva nel casellario Anac.

L'articolo 80 comma 5 lett. f) ter del Codice dispone infatti che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; fissando il periodo di rilevanza della causa di esclusione fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico.

In virtù del principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti, l'articolo 80 comma 6 riconosce poi alle stazioni appaltanti la facoltà di escludere l'operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, ivi compresa, quindi, anche quella attinente alle ipotesi di falsità sopra citata, in quanto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dell'appalto (in tal senso *ex multis*: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141)

Dal combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate, deriva, dunque, che l'intervenuta iscrizione interdittiva nel casellario Anac non produca un mero effetto preclusivo, ma comporti un effetto espulsivo immediato dal momento di inizio dell'iscrizione e fino a quando essa operi nel casellario informatico, mentre la sua sopravvenienza, in qualsiasi momento della procedura, comporta l'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 6.

L'automatismo escludente dell'annotazione trova conferma in una giurisprudenza consolidata secondo cui la misura interdittiva opera automaticamente ai fini della esclusione dalle gare ed in assenza di valutazioni discrezionali in capo alla stazione appaltante (ex multis: Cons. Stato, sez. V., 3 settembre 2018, n. 5142; Id., 28 dicembre 2017, n. 6135; Id., sez. III, 21 luglio 2017 n. 3614; Id., sez. V, 23 febbraio 2017 n. 852; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 febbraio 2016, n. 5; Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8).

Secondo i giudici amministrativi tale conclusione deriva dall'esigenza di assicurare un "*concreto grado di effettività*" alle misure sanzionatorie adottate dall'ANAC e dalla necessità di dare rigorosa applicazione ai principi di buona fede e leale collaborazione applicabili alle gare pubbliche (Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 07.10.2022, n. 6203).

L'esclusione automatica dell'operatore economico in seguito all'annotazione interdittiva trova conferma anche in alcune decisioni assunte dall'Autorità, secondo cui "*l'effetto escludente si produce quando ricade nel periodo di efficacia della sanzione non solo il termine di presentazione delle offerte (momento rispetto al quale va valutato il possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione alla gara) ma anche lo svolgimento del controllo dei requisiti dell'aggiudicatario al cui esito positivo è condizionata l'efficacia dell'aggiudicazione*" (Delibera n. 73 del 7 febbraio 2019; Delibera n. 1031 del 30 ottobre 2019).

Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, emersa la circostanza dell'interdittiva in capo all'operatore facente parte del raggruppamento aggiudicatario, la stazione appaltante avrebbe dovuto provvedere all'esclusione dello stesso.

Non possono, infatti, ritenersi accoglibili le considerazioni svolte da APS nella nota di riscontro, che facendo proprie le giustificazioni spese dal RTP aggiudicatario, ha ritenuto non applicabile la normativa sopra richiamata e quindi irrilevante il ricorrere di una causa di esclusione in capo a *omissis* s.r.l. sull'assunto per cui tale soggetto sarebbe qualificabile "non operatore economico concorrente" bensì "progettista indicato". Il progettista esterno indicato, pur non essendo un operatore *strictu sensu*, deve tuttavia, al pari di esso, possedere i requisiti generali e speciali richiesti dalla lex di gara.

A favore di tale impostazione depone innanzitutto il dato testuale in quanto l'articolo 59 comma 1 bis D.lgs. n. 50/2016 - come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019 - dispone che "*i requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestatae per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1".*



Nell'appalto integrato, pertanto, i progettisti indicati, al pari di quelli associati, devono essere qualificati e quindi in possesso sia dei requisiti di ordine generale che di quelli di capacità tecnico professionale.

Parimenti il disciplinare di gara, nella parte inerente ai requisiti di ordine generale dispone che *"Pur non rivestendo la qualità di concorrenti, i suddetti requisiti devono essere posseduti anche dal progettista o dai progettisti indicati dal concorrente ai sensi dell'art. 59, c. 1-bis, D.lgs. 50/16, per l'esecuzione della progettazione esecutiva"*.

L'amministrazione pertanto, nel ritenere non applicabile la norma di cui all'art. 80 comma 5 lett. f-ter al progettista indicato ha disatteso le disposizioni della propria lex specialis, da ritenere, secondo costante giurisprudenza, vincolanti e non disapplicabili.

Ulteriore corollario della necessaria sussistenza dei requisiti di carattere generale e speciale in capo al progettista risiede nella prassi applicativa in quanto il medesimo deve redigere il DGUE, al pari di qualsiasi concorrente, e sulla veridicità delle dichiarazioni rese, o meglio, sulla sussistenza dei requisiti opera l'attività di verifica da parte della stazione appaltante, al fine di garantire l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di qualsiasi soggetto venga in contatto diretto con la pubblica amministrazione.

Sul punto anche la giurisprudenza ha affermato che *"il progettista indicato, benché soggetto esterno all'operatore economico e non qualificabile come concorrente, deve nondimeno soddisfare sia i requisiti generali sia quelli speciali, pena l'esclusione del concorrente che lo abbia designato"* (Consiglio di Stato, sez. V, 27.07.2021 n. 5563; in tal senso anche Cons. Stato, V, 21 agosto 2020, n. 5164; 15 marzo 2016, n. 1031).

Si è in particolare rilevato che *"il possesso dei requisiti di ordine generale grava su tutti gli operatori economici che partecipino a qualunque titolo a procedure di evidenza pubblica, anche a prescindere da qualsiasi prescrizione della lex specialis e anche sui progettisti designati ai sensi dell'articolo 53, comma 3 del codice dei contratti pubblici"* (Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2638).

Ancora recentemente *"essendo l'indicazione del progettista esterno funzionale alla qualificazione dell'operatore economico concorrente - il quale è costretto a farvi ricorso perché qualificato soltanto per la costruzione o, se qualificato per progettazione e costruzione, perché non è comunque in possesso dei requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto previsti nei documenti di gara - non vi è ragione di limitare tale complessivo regime di qualificazione ai requisiti speciali, dovendo essere soddisfatto dal progettista indicato anche per i requisiti di ordine generale"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 11/11/2022, n. 9923)

Invero in uno sforzo ermeneutico maggiore si pone la sentenza del supremo consesso amministrativo siciliano che, distinguendo tra progettista associato e progettista indicato, ha ammesso per quest'ultimo la sostituzione, sull'assunto per cui *"la qualificazione del progettista indicato come di un soggetto diverso dai concorrenti alla procedura determina che in caso di raggruppamento di progettisti - quantomeno nelle ipotesi in cui il soggetto da estromettere non sia stato determinante per la costituzione del raggruppamento, avendo contribuito in modo essenziale a "portare" i requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione - il concorrente non possa essere per ciò solo escluso a seguito dell'accertata carenza di un requisito di carattere generale del progettista indicato, essendo consentita la sua estromissione, nel caso di specie dal RTP dei progettisti, e la sua sostituzione"* (CGAR 31 marzo 2021, sent. n. 276).

Parimenti il Consiglio di Stato ha confermato che *"quando sia stato indicato per la progettazione un raggruppamento temporaneo di soggetti abilitati a fornire servizi di architettura e ingegneria ex art. 46 del Codice dei contratti pubblici, deve ritenersi possibile l'estromissione e l'eventuale sostituzione di quello dei*

componenti del raggruppamento, che abbia perso i requisiti generali di partecipazione in corso di gara". (Consiglio di Stato, Sez. V, 11.11.2022, n. 9923)

Non assume efficacia dirimente, inoltre, l'ulteriore giustificazione addotta dall'operatore e fatta propria dalla stazione appaltante in merito all'impugnativa dell'annotazione dinanzi al Tar, in quanto, come sopra chiarito l'automatismo escludente opera automaticamente ai fini della esclusione dalle gare ed in assenza di valutazioni discrezionali in capo alla stazione appaltante, a nulla rilevando un'eventuale impugnazione dinanzi al TAR (in tal senso: Consiglio di Stato, Sez. III, 24.03.2021, n. 2501, Consiglio di Stato sez. V, 11.01.2021, n. 386).

In virtù del necessario possesso dei requisiti in capo all'operatore senza soluzione di continuità, infatti, il venire in rilievo di una causa di esclusione in qualsiasi momento della procedura comporta il dispiegarsi dei propri effetti in maniera automatica.

Secondo la giurisprudenza, *"è irrilevante la circostanza che la sanzione adottata dall'ANAC fosse stata impugnata dinanzi al TAR. La pendenza del giudizio non assume rilievo ai fini dell'applicazione della causa espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. f) del d.lgs. n. 50/2016, che del resto non subordina affatto la sua contestabilità al fatto che la sanzione interdittiva sia stata confermata in sede giurisdizionale"* (Consiglio di Stato, Sez. III, 24.03.2021, n. 2501).

Conclusivamente non assume valenza scusante l'evenienza che la stazione appaltante dovesse rispettare tempi stringenti per l'affidamento dell'appalto connesso ad un finanziamento ministeriale, in quanto, come sopra chiarito, non permaneva in capo alla stazione appaltante alcun potere discrezionale in merito all'esclusione dell'operatore.

Fermo restando l'obbligo escludente, in un bilanciamento di interessi si ritiene sicuramente preminente l'esigenza di contrarre con un operatore affidabile e serio rispetto alla necessità di rispettare le tempistiche procedurali.

Inoltre, e sotto un profilo pratico, l'esclusione immediata dell'operatore, anche alla data del 21 aprile 2022 - giorno in cui si sono concluse le verifiche sui requisiti dell'aggiudicatario - avrebbe certamente consentito una prosecuzione rapida della procedura in ossequio ai principi di tempestività dell'azione amministrativa.

Risulta, infine, inconferente l'ulteriore precisazione per cui il secondo classificato non ha proposto impugnativa, in quanto trattasi di una scelta autonoma, dettata da considerazioni di carattere personale, che non può in alcun modo assumere valenza legittimante dell'operato della stazione appaltante.

Semmai il mancato esperimento di azioni giudiziarie da parte dell'impresa seconda classificata potrebbe valere in sede di risarcimento del danno, ma non può eliminare il disvalore giuridico connesso derivante dall'aggiudicazione nei confronti di un operatore privo dei requisiti.

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 04.04.2023

DELIBERA

- la non conformità della procedura in analisi al disposto di cui agli articoli 80 comma 5 lett. f) e 80 comma 6 del D.lgs. 50/2016 a fronte della mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario nonostante



la carenza di un requisito di carattere generale in capo al progettista indicato derivante dalla presenza di un'annotazione interdittiva nel casellario Anac.

- di trasmettere a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori la presente deliberazione ad APS Holding SPA invitando l'Ente alle valutazioni di competenza e a dare notizia delle stesse nel termine di 30 giorni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 12 aprile 2023

Il Segretario

Laura Mascali