

Publicato il 28/11/2024

N. 21444/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00352/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 352 del 2024, proposto da Società Electric Impianti System S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Silvio Garofalo, Maria Grazia Caporale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anac -Autorita' Nazionale Anticorruzione -, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Comune di Castelvetere Sul Calore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell provvedimento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Ufficio sanzioni SOA e operatori economici qualificati e annotazioni, prot. n. 0105960 del 27 novembre 2023, notificato in pari data, fascicolo ANAC n. 2011/2023/at, con cui è stata iscritta, con pubblicazione a far data dal 28 novembre 2023, annotazione a carico della società ricorrente nell'Area B del Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi, e forniture ai sensi dell'art.

213 comma 10 D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. per la notizia segnalata dalla stazione appaltante, Comune di Castelvete sul Calore (AV), ovvero la mancata stipula del contratto di evidenza pubblica per fatto dell'aggiudicatario;

della comunicazione prot. n. 45474 del 13 giugno 2023, fascicolo ANAC n. 2011/2023/at, di avvio del procedimento di iscrizione nel Casellario Informatico dei contratti pubblici, servizi e forniture, della annotazione a carico della società ricorrente per la notizia segnalata dalla stazione appaltante, Comune di Castelvete sul Calore (AV), ovvero la mancata stipula del contratto di evidenza pubblica per fatto dell'aggiudicatario;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché sconosciuto alla società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2024 la dott.ssa Caterina Lauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Electric Impianti System s.r.l. ha adito l'intestato Tribunale, domandando l'annullamento del provvedimento prot. n. 0105960 del 27 novembre 2023 notificato in pari data, e della relativa comunicazione di avvio del procedimento, fascicolo ANAC n. 2011/2023/at, con cui è stata iscritta, con pubblicazione a far data dal 28 novembre 2023, l'annotazione nell'Area B del Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi, e forniture ai sensi dell'art. 213, co. 10, d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., avente ad oggetto la notizia segnalata dalla stazione appaltante, Comune di Castelvete sul Calore,

consistente la mancata stipula del contratto di evidenza pubblica per fatto dell'aggiudicatario.

1.1. Ad origine al presente contenzioso si pone la partecipazione della società ricorrente alla gara indetta dalla stazione appaltante – Comune di Castelvete sul Calore – avente ad oggetto la realizzazione dell'impianto di illuminazione cimiteriale del suddetto Comune, remunerato dal successivo affidamento, in concessione novennale, della gestione dello stesso impianto. La gara è stata bandita nel 2016, è stata aggiudicata alla società ricorrente nel 2017, ma non è stato possibile stipulare il contratto fino al maggio 2020, a causa dell'instaurazione di due giudizi dinanzi al Tar, il primo definito con sentenza Tar Campania, Salerno, sez. I, n. 1606/2017 di annullamento dell'aggiudicazione alla società ricorrente, integralmente riformata da sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 3483/2018, mentre il secondo definito con sentenza Tar Campania, Salerno, sez. I, n. 687/2019 di annullamento della aggiudicazione alla società ricorrente, integralmente riformata dal Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2257/2020, pubblicata in data 6 aprile 2020, giudizi instaurati dalla società Roberto e Reppucci Costruzioni s.r.l., seconda classificata. La società ricorrente riferisce che, trascorso un altro anno dalla definizione di tali giudizi, con nota prot. n. 3154 del 25 maggio 2021, è stata invitata alla stipula del contratto, previa costituzione dell'ATI; tuttavia, con successiva nota del 21 ottobre 2021, a causa dell'innalzamento dei costi del servizio ha dovuto comunicare alla stazione appaltante la propria indisponibilità. A questo punto, il Comune di Castelvete sul Calore con nota prot. 4283 del 7 luglio 2022, ha avviato il procedimento di revoca della aggiudicazione. La ricorrente ha quindi interpellato l'Anac, ufficio precontenzioso e pareri, domandando che esprimesse un parere di precontenzioso. Il parere, adottato con delibera n. 487/2022, resa in data 7 dicembre 2022, ha concluso nel senso che la società ricorrente non potesse sciogliersi dall'obbligo di stipulare il contratto sorto con l'aggiudicazione, avendo dato la sua disponibilità alla stipula, precisando, altresì, che l'eventuale

revisione del prezzo pattuito andava limitata agli aggiornamenti ISTAT, non essendo applicabile alla fase anteriore alla stipula del contratto l'art. 106, d.lgs. n. 50/16 e che la revoca dell'aggiudicazione avrebbe dovuto esserle segnalata in quanto potenziale notizia utile da annotare sul Casellario, ai sensi dell'art. 213, co. 10, d.lgs. n. 50/16. La ricorrente precisato che anche il secondo classificato, la società Roberto e Reppucci Costruzioni s.r.l., che aveva dato origine al contenzioso giudiziario che ha inciso sulla gara e sulla successiva mancata stipula del contratto, aveva rinunciato tacitamente. La stazione appaltante, tenuto conto del parere di precontenzioso espresso dall'Anac, con nota prot. 986 dell'8 febbraio 2022, ha invitato la società ricorrente e l'altro operatore economico dell'ATI costituenda a presentare un nuovo Piano Economico Finanziario del progetto corretto nei limiti dell'aggiornamento degli indici ISTAT della base d'asta. Pertanto la ricorrente e l'altro partecipante all'ATI costituenda, con nota del 10 marzo 2023, hanno confermato la rinuncia alla stipula del contratto. Il Comune, quindi, con determina dirigenziale n. 162 del 25 marzo 2023, ha revocato l'aggiudicazione, e, con nota del 17 aprile 2023, ha segnalato la notizia all'Anac. L'Anac, avviato il procedimento e svolta la relativa istruttoria, ha annotato la notizia, ritenendola utile ai sensi dell'art. 213, co. 10, d.lgs. n. 50/16.

1.2. Con presente ricorso la ricorrente ha quindi contestato la decisione dell'Anac di procedere all'annotazione, affidando l'impugnazione ai seguenti motivi di illegittimità:

“Violazione dell'art. 15 del Regolamento ANAC per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici”, laddove l'Autorità non ha accolto la richiesta di audizione articolata da parte ricorrente al fine di meglio esplicitare le ragioni sottese alla sua decisione di non stipulare in contratto e che hanno condotto alla revoca dell'aggiudicazione;

“Violazione e falsa applicazione dell'art. 213 comma 10 D. Lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) D. Lgs. n. 50/2016; violazione delle linee guida ANAC n. 6 di attuazione del D. Lgs. 50/2016; violazione e falsa

applicazione dell'art. 18 del Regolamento ANAC per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. n. 241/90; eccesso di potere per difetto di motivazione; eccesso di potere per carenza di istruttoria.”, non avendo, l'Anac compiuto alcuna concreta valutazione della notizia segnalata, non sintomatica della sua inaffidabilità a contrarre con l'amministrazione, constatato che il mero inadempimento all'obbligo di stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario non costituisce grave illecito professionale, né ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, nè sulla base delle linee guida Anac n. 6 di attuazione del d.lgs. 50/2016. In particolare, si sarebbe dovuto tener conto del lasso temporale trascorso tra la procedura di gara e l'invito alla stipula del contratto, contrassegnato da sopravvenienze rilevanti quali il conflitto russo-ucraino, che hanno inciso sui prezzi di mercato, rendendo insostenibile quanto in precedenza offerto quale corrispettivo contrattuale.

1.3. L'Anac si è costituita genericamente, depositando documentazione.

1.4. Il Tribunale, all'esito dell'udienza pubblica del 19 marzo 2024, riscontrate esigenze istruttorie, ha domandato all'Anac e alla stazione appaltante – Comune di Castelvetero sul Calore – di provvedere al deposito di una documentata relazione *“anche con riferimento alle ragioni che hanno indotto al ritardato invito alla stipula del contratto, con nota prot. n. 3154 del 25 maggio 2021”*.

1.5. L'Anac ha riscontrato alla richiesta istruttoria con nota di deposito eseguita il 10 ottobre 2024, con allegata una relazione informativa. Ha poi depositato memoria ex art. 73 c.p.a. in cui ha insistito nella correttezza del suo operato e ha chiesto il rigetto del ricorso. Ha evidenziato, in particolare, la facoltatività dell'audizione prevista dall'art. 15 del Regolamento, non avendo la ricorrente neppure rappresentato gli ulteriori elementi che avrebbero potuto emergere da tale attività, e come la condotta consistente nella sottrazione dall'obbligo di concludere il contratto, concretasse l'utilità della notizia.

1.6. Con memoria di replica depositata il 25 ottobre 2024 la ricorrente si è rimessa alle valutazioni del giudice rispetto al tardivo deposito della

documentazione da parte dell'Anac e, nel merito, ha insistito nelle argomentazioni già in precedenza sviluppate nel ricorso introduttivo.

1.7. All'udienza pubblica del 5 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato per le ragioni di seguito enunciate.

3. Occorre premettere che oggetto del presente contenzioso è l'annotazione quale notizia utile nel Casellario informatico dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 213, co. 10, d.lgs. n. 50/16 dell'intervenuta revoca dell'aggiudicazione da parte del Comune di Comune di Castelvetero sul Calore nei confronti dell'odierna ricorrente.

4. In proposito si ricorda che ai sensi dell'art. 213, co. 10, d.lgs. n. 50/2016, l'Anac *“gestisce il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80”* e stabilisce *“le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84”*.

4.1. L'art. 8, co. 2, del *“Regolamento per la gestione del Casellario Informatico”* adottato dall'Autorità ha previsto, a sua volta, che la sezione B del casellario contiene, tra l'altro, a) *“le notizie, le informazioni e i dati concernenti i provvedimenti di esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto o di concessione e di revoca dell'aggiudicazione per la presenza di uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice, che consolidano il grave illecito professionale posto in essere nello svolgimento della procedura di gara od altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore economico”*, nonché b) *“le notizie, le informazioni e i dati emersi nel corso di esecuzione dei contratti pubblici, relativi a: i) provvedimenti di risoluzione del contratto per grave inadempimento, anche se contestati in giudizio; ii) provvedimenti di applicazione delle penali o altri provvedimenti di condanna al risarcimento del danno o sanzioni di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto,*

all'1 % del suo importo; iii) altri comportamenti sintomatici di persistenti carenze professionali?

4.2. La giurisprudenza amministrativa ha da tempo individuato il perimetro del corretto esercizio del potere di annotazione, chiarendo che l'Autorità ha il dovere di valutare sia la conferenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario, sia la sua utilità in concreto, quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico colpito dall'annotazione. In proposito è stato chiarito che *“in tutti in casi in cui le annotazioni non rientrino tra quelle tipizzate dal legislatore come “atto dovuto”, le stesse devono essere adeguatamente motivate in ordine alle ragioni della ritenuta utilità (Tar Lazio, I, 8 marzo 2019, n. 3098)”* e che *“la mera valenza di “pubblicità notizia” delle circostanze annotate come “utili” e il fatto che le stesse non impediscano, in via automatica, la partecipazione alle gare, non esonera l'Autorità da una valutazione in ordine all'interesse alla conoscenza di dette vicende, la cui emersione deve avvenire in forza di un processo motivazionale che, per quanto sintetico, non può ridursi ad una assertiva affermazione di conferenza della notizia (Tar Lazio, I, 11 giugno 2019 n. 7595)”* (Tar Lazio, sez. I, 7 aprile 2021, n. 4107).

Con particolare riferimento alla fattispecie della revoca dell'aggiudicazione è stato ritenuto che *“il rifiuto opposto dall'operatore economico aggiudicatario alla stipula del contratto, in assenza di valide e oggettive scriminanti, ricada senz'altro nell'alveo applicativo dell'art. 1337 c.c., integrando una tipica ipotesi di responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative, che ben può essere annoverata tra le «altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico» delle quali l'art. 8, co. 2, lett. a), del citato regolamento ammette l'iscrizione nel casellario. La condotta di un operatore economico nella fase che precede la stipula del contratto soggiace, infatti, all'obbligo di buona fede, la cui osservanza è chiaramente indicativa della sua affidabilità professionale.”* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 28 dicembre 2023, n. 19991 nonché Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2024, n. 5781).

In tale contesto è stato ulteriormente sottolineato come l'Autorità, prima di procedere all'iscrizione nel casellario informatico, è tenuta *“a valutare l'utilità della notizia alla luce delle circostanze di fatto esposte dall'operatore economico nella sua*

memoria, poiché effettivamente incidenti ... sulla gravità dell'errore professionale commesso e, in via indiretta, sull'apprezzamento dell'affidabilità della società da parte delle stazione appaltanti, cui è imposta la consultazione del Casellario, per ogni procedura di gara indetta successivamente all'iscrizione." (si veda Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318).

5. Fatte tali dovute premesse sul quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento i motivi di ricorso, volti a denunciare il difetto di istruttoria nel procedimento che ha condotto all'annotazione, sono fondati. Nel caso di specie, infatti, all'esito dell'istruttoria svolta dal collegio, è emerso che il provvedimento impugnato è il frutto di un'istruttoria carente che non ha tenuto in debita considerazione le circostanze di fatto che hanno caratterizzato la vicenda in questione, puntualmente evidenziate dall'operatore economico nel corso del procedimento e che avrebbero giustificato un supplemento di istruttoria che l'Autorità non ha eseguito.

5.1. Si è già detto, nella ricostruzione dei fatti che hanno condotto alla segnalazione all'Anac da parte del Comune di Castelvete sul Calore, che la gara è stata bandita nel 2016, è stata aggiudicata alla società ricorrente nel 2017, ma non è stato possibile stipulare il contratto fino al maggio 2020 a causa di due contenziosi istaurati dalla seconda classificata.

Ciò posto, nonostante fossero già trascorsi quattro anni dall'indizione della gara, la stazione appaltante ha atteso un altro anno (sino al 25 maggio 2021) per indirizzare alla ricorrente la richiesta di costituzione dell'ATI preliminare alla stipula del contratto.

Interpellato espressamente da questo Tribunale, con l'ordinanza collegiale n. 5624/24, sul ritardo nell'invito alla stipula del contratto, il Comune di Castelvete sul Calore non ha adempiuto all'ordine istruttorio. Da tale circostanza il Tribunale può acquisire elementi, ai sensi dell'art. 64 c.p.a., in ordine alla fondatezza dei vizi sollevati da parte ricorrente.

5.2. In tale contesto è altresì noto che la società ricorrente ha domandato all'Anac di pronunciarsi una prima volta sulla vicenda con la richiesta di un

parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016. L'Anac si è espressa ritenendo che la ricorrente non potesse sottrarsi dall'obbligo di concludere il contratto, avendo in precedenza manifestato la propria disponibilità (cfr. parere di precontenzioso n. 587 del 7 dicembre 2022, all. n. 4 al deposito eseguito dall'amministrazione il 15 ottobre 2024).

5.3. Ebbene, l'Anac, nel predetto parere, ha concluso che *“non sia configurabile la condizione per il legittimo scioglimento dell'aggiudicatario dall'obbligo sorto con l'aggiudicazione, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di valutare se le sopravvenienze evidenziate nell'istanza di precontenzioso siano tali da incidere negativamente sull'equilibrio economico finanziario della concessione”* e ha altresì rappresentato che *“la revoca dell'aggiudicazione rientra tra le notizie soggette all'obbligo di segnalazione all'Anac ”*, specificando tuttavia che la segnalazione non avrebbe determinato *“l'automatica annotazione nel Casellario [stante il dovere dell'Autorità] di valutare ... l'utilità [della notizia] quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico”*, ovvero *“di valutare ... se il fatto che ha dato origine al provvedimento dell'amministrazione è rilevante al fine di una valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico”*.

5.4. Nel provvedimento impugnato l'Autorità in ordine all'utilità della notizia si è limitata ad affermare che *“sono stati ritenuti attendibili gli elementi di fatto descritti nel provvedimento di revoca dell'aggiudicazione consistenti nel rifiuto ingiustificato alla stipula del contratto”*, riportando quanto emerso in sede di richiesta di parere precontenzioso e la relativa motivazione.

5.5. Ebbene, la scansione dei fatti, come sopra riportata, evidenzia come l'Autorità, nell'approcciarsi alla vicenda, si sia appiattita sulle risultanze emerse nel corso del procedimento avviato ai sensi dell'art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/16, non svolgendo quelle ulteriori considerazioni e valutazioni che le erano imposte nell'ambito del diverso procedimento disciplinato dall'art. 213, co. 10, del medesimo d.lgs., quasi a far discendere, quale esito obbligato, l'annotazione dal parere in precedenza espresso.

In altri termini, l'Autorità ha omesso di dar corso alle opportune attività istruttorie che le avrebbero permesso di apprezzare, nella diversa logica del procedimento di annotazione nel Casellario informatico, le circostanze adottate dalla società ricorrente in ordine: i) al tempo trascorso tra l'indizione della gara e l'invito alla stipula del contratto (dal 2016 al 2021); ii) all'inerzia del Comune dalla conclusione del contenzioso (maggio 2020) all'invito alla stipula del contratto (maggio 2021); iii) alla concreta sostenibilità economica delle condizioni in origine offerte in ragione delle sopravvenienze nel frattempo intervenute; iv) al rifiuto implicito alla stipula del contratto anche della seconda classificata nella gara (che aveva dato origine ai contenziosi che hanno ritardato in prima battuta la stipula del contratto).

5.6. Si è così determinata un'illegittima sovrapposizione tra la valutazione espressa in sede di parere precontenzioso con quella di procedere all'annotazione, senza valorizzare la diversa natura dei due procedimenti e, in particolar modo, lo scopo precipuo dell'annotazione sul Casellario informatico, consistente nel fornire alle stazioni appaltanti notizie "utili" e "conferenti" sull'affidabilità dell'operatore economico con cui si apprestano a contrarre. È del resto del tutto evidente come la valutazione della legittimità della revoca dell'aggiudicazione sia altro rispetto al giudizio di "conferenza" o di "utilità" della notizia annotata, potendo lo stesso fatto storico assumere diversa rilevanza a seconda del procedimento in cui viene considerato.

In questo contesto, infatti, se l'Autorità avesse consentito l'espletamento di un compiuto contraddittorio – anche mediante la convocazione della ricorrente in audizione o tramite richiesta di chiarimenti al Comune di Castelvetero sul Calore – avrebbe potuto tenere in debita considerazione la notizia che anche la seconda classificata aveva rinunciato alla stipula del contratto e l'esito del procedimento avrebbe potuto concludersi diversamente, o prendere in considerazione le allegazioni, anche contabili, sull'insostenibilità del contratto prospettate dalla ricorrente nelle proprie memorie difensive, non risultando affatto scontata l'utilità in concreto della notizia.

Ciò tanto più, laddove, come nel caso di specie, trattasi di notizia avente ad oggetto una condotta – il rifiuto ingiustificato di concludere il contratto – non rientrante “*tra quelle tipizzate dal legislatore come «atto dovuto»*” per le quali l’onere di motivazione gravante sull’amministrazione può reputarsi alleggerito (cfr. la già citata Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 28 dicembre 2023, n. 19991 nonché Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2024, n. 5781).

La stringata motivazione posta a fondamento dell’annotazione, in questo caso, è così sintomatica di quel difetto di istruttoria che ha caratterizzato il procedimento di annotazione che non ha consentito, quindi, all’Anac di apprezzare compiutamente – e conseguentemente di motivare – sugli elementi offerti dalla ricorrente per giustificare la mancata stipula del contratto. Ulteriore sintomo di tale carenza è l’affermazione contenuta nella memoria ex art. 73 c.p.a. della difesa erariale dal seguente tenore “*Ad ogni modo, ove dovesse reputarlo necessario, codesto Collegio potrà ordinare l’esibizione dei documenti attestanti le interlocuzioni in discorso, e precisamente le note prot. n. 3482 del 9 giugno 2021, prot. n. 3483 del 9 giugno 2021 e prot. n. 3520 del 2021, espressamente prese in esame dal più volte menzionato parere*” con riferimento alla manifestazione di interesse alla stipula del contratto manifestato da parte ricorrente, che non sono state depositate in atti dall’Autorità in uno con gli altri atti del procedimento di annotazione e che – pertanto – è logico dedurre che non siano state acquisite (e riesaminate) nell’ambito del medesimo procedimento.

6. Il ricorso, pertanto, è fondato e deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

7. Le spese di lite - avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie - vanno integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Dispone l'integrale compensazione delle spese di lite, ad eccezione del contributo unificato il cui rimborso va posto a carico dell'amministrazione resistente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Agatino Giuseppe Lanzafame, Presidente FF

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

Dario Aragno, Referendario

L'ESTENSORE

Caterina Lauro

IL PRESIDENTE

Agatino Giuseppe Lanzafame

IL SEGRETARIO