

Publicato il 07/06/2021

N. 04299/2021REG.PROV.COLL.
N. 06263/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6263 del 2020, proposto da Eds Infrastrutture S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ugo Luca Savio De Luca, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via F. Rosazza, n. 32;

contro

ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del suo Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Anas S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Prima, 31 marzo 2021, n. 3730, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176; e udito, con le medesime modalità, l'avvocato De Luca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con provvedimento del 26 febbraio 2019, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (in seguito: ANAC) ha disposto l'annotazione nel casellario informatico (area B), a conclusione di un procedimento avviato ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 2016), della risoluzione per inadempimento del contratto di appalto per la *“Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di costruzione della nuova S.S.195 “Sulcitana” tratto Cagliari-Pula. Lotti 1° e 3° e Opera Connessa Sud”*, stipulato con l'A.T.I. Grandi Lavori Fincosit (G.L.F.) S.p.a. - E.D.S. Infrastrutture S.p.a., disposta da ANAS S.p.A. ai sensi dell'art. 136, commi 1, 2 e 3 del codice dei contratti di cui al d.lgs. 163 del 2006. Nell'annotazione è stato precisato che la risoluzione del contratto di appalto nei confronti dell'associazione di imprese avrebbe operato *«con gli effetti e nei limiti dettati dall'atto di costituzione della stessa»*.

2. - La E.D.S. Infrastrutture, mandante del raggruppamento colpito dall'iscrizione, ha impugnato il provvedimento innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, deducendo due motivi:

- con il primo, premesso che il raggruppamento tra E.D.S. e G.L.F. era di tipo verticale, ha sottolineato che gli inadempimenti erano riconducibili esclusivamente alla mandataria G.L.F. (tenuta a eseguire il 95% dei lavori appaltati), mentre la ricorrente, quale mandante, aveva il compito di eseguire l'altra quota del 5% dell'importo contrattuale, e, pertanto, ai sensi dell'articolo

37, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, era responsabile nei confronti di ANAS soltanto nei limiti di tali lavorazioni, per le quali nessun inadempimento era stato contestato;

- con il secondo, rilevato che il procedimento era stato avviato dall'ANAS ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. *p*), del d.P.R. n. 207 del 2010, poi abrogato dall'art. 217 del Codice dei contratti pubblici approvato con il d.lgs. n. 50 del 2016, ha concluso nel senso che detta abrogazione ha limitato le notizie da riportare nel casellario a quelle rilevanti per le esclusioni di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici del 2016 e l'annotazione in questione non rientrava in tale ambito.

3. - Il Tribunale amministrativo ha ritenuto infondate le censure, sottolineando come, nonostante l'avvenuta abrogazione dell'art. 8, comma 2, cit., l'ANAC abbia il potere di disporre l'iscrizione nel casellario informatico delle notizie utili, potere esercitabile senza soluzione di continuità in quanto funzionale al compito assegnato all'Autorità di supportare le stazioni appaltanti attraverso la facilitazione dello scambio di informazioni.

Ha sottolineato inoltre la natura orizzontale (e non verticale) del raggruppamento temporaneo tra *E.D.S. Infrastrutture* e G.L.F. destinatario del provvedimento di risoluzione del contratto iscritto nel casellario, con la conseguente responsabilità solidale delle imprese associate nei confronti dell'amministrazione appaltante.

4. - La soccombente *E.D.S. Infrastrutture* ha proposto appello, reiterando i motivi del primo grado, riformulati in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

5. - Resiste in giudizio l'ANAC, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. - L'appello è infondato.

6.1. - Per la soluzione della controversia è centrale l'esame dei limiti normativi e funzionali del potere attribuito all'ANAC dall'art. 213, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, avente per oggetto la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Secondo tale

disposizione il casellario (oltre a contenere *«tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80»*) deve essere integrato anche con le ulteriori informazioni che l'ANAC ritiene *«utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) [...]»*, ossia con tutte le notizie concernenti gravi illeciti professionali dell'operatore economico idonei a incidere sulla sua integrità e affidabilità [oltre che per le altre finalità indicate dall'art. 213, comma 10, secondo periodo]; inoltre detta disposizione va coordinata con le risultanze e la documentazione presenti nella banca dati prevista dall'art. 81 del Codice dei contratti pubblici (dalla quale la stazione appaltante acquisisce *«la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario»*).

6.2. - La finalità del compito affidato all'Autorità traspare dalla stessa formulazione dell'enunciato normativo e consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccolga le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici. In tale prospettiva il concetto di utilità della notizia da iscrivere (che ricorre nella norma in esame) deve essere inteso in relazione al contenuto normativo del requisito o della causa di esclusione, il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell'ambito della singola procedura di gara: la notizia da iscrivere è utile (alla stazione appaltante) se può assumere rilevanza nel processo di accertamento del requisito (generale o speciale).

6.3. – Posto che la valutazione della concreta rilevanza dell'informazione è riservata all'amministrazione procedente, l'Autorità, da un lato, nell'individuare *«le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario»*, deve selezionarle tenendo conto degli elementi normativi che compongono la fattispecie descrittiva dei requisiti da accertare; dall'altro lato, la motivazione circa l'utilità della notizia deve investire la sola veridicità dei fatti in cui consiste l'informazione o la notizia, non la possibile rilevanza di questi

nell'ambito della fattispecie del requisito o della causa di esclusione (valutazione, come detto, riservata alla stazione appaltante). Non si tratta pertanto di un potere di valutazione tecnica (né, tantomeno, di un potere discrezionale), ma di un'attività di ricognizione e di mero accertamento di un fatto nei limiti della sua esistenza (escluso ogni profilo di natura valutativa).

6.4. – Al riguardo deve darsi atto che è stato ritenuto necessario (cfr. Cons. St., VI, 6 febbraio 2019, n. 898; V, 21 febbraio 2020, n. 1318) una più ampia motivazione della decisione dell'Autorità di procedere all'annotazione nel casellario, motivazione che deve riguardare specificamente anche le ragioni per cui si ritenga “utile” la notizia da iscrivere.

Riconosciuto in capo all'Autorità *«il potere di annotare tutte le notizie segnalate dalle stazioni appaltanti, con il solo limite dell'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o dell'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante»*, nei termini veduti sopra, è stato anche evidenziato che l'astratta valutazione dell'utilità dell'informazione non è sufficiente a giustificare l'annotazione nel casellario, dovendo l'ANAC *«procedere ad un'attenta valutazione dell'utilità in concreto dell'annotazione ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità dell'operatore che le stazioni appaltanti avrebbero potuto compiere in relazione a successive procedure di gara»* (Cons. St. V, n. 1318/2020, cit., punti 2.4. e 2.5. del “diritto”).

6.5. – Tali affermazioni (maturate peraltro nel contesto della abrogata disciplina dell'Osservatorio dei contratti pubblici di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 207 del 2010, recante il regolamento di esecuzione del codice dei contratti del 2006) devono essere nondimeno precisate nella loro effettiva portata e – al fine di evitare il riconoscimento all'Autorità di una funzione che le norme assegnano alle sole stazioni appaltanti - non devono essere intese nel senso che l'iscrizione debba essere preceduta dall'accertamento della concreta rilevanza del fatto (oggetto della notizia) ai fini della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), ma piuttosto nei limiti in cui sottolineano l'esigenza di verificare, da parte dell'ANAC, l'utilità (concreta)

della notizia in relazione alla sua possibile rilevanza nell'accertamento della causa di esclusione dell'inaffidabilità professionale dell'operatore economico.

7. - In definitiva, la norma dell'art. 213, comma 10, cit., si riferisce all'utilità della notizia per la stazione appaltante, per le successive valutazioni che questa dovrà effettuare. L'utilità si risolve pertanto nella rilevanza a questi fini dell'annotazione. Non si tratta di una norma di natura sanzionatoria (come ben rilevato anche dalla difesa dell'ANAC) e non è necessario di conseguenza accertare e motivare anche in ordine al titolo di imputabilità soggettiva (dolo o colpa) del fatto o in ordine alla responsabilità dell'impresa segnalata.

7.1. - La decisione dell'Autorità di procedere all'annotazione non implica nemmeno il definitivo accertamento dei fatti o delle condotte che possono integrare il grave illecito professionale: se, come si è già veduto, la stazione appaltante può valutare, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), un'ampia gamma di condotte integranti gravi illeciti professionali, purché lo dimostri con mezzi adeguati, sarebbe del tutto illogico introdurre un limite di tal genere per le annotazioni ai sensi dell'art. 213, comma 10, che perseguono proprio la finalità di mettere a disposizione della stazione appaltante tutte le informazioni utili a formulare il giudizio di affidabilità dell'operatore economico.

7.2. - Non occorre pertanto attendere la conclusione del contenzioso instaurato fra stazione appaltante e impresa sulla risoluzione e sulla imputabilità degli inadempimenti, quando l'Autorità accerta – come ha accertato nel caso di specie - che la notizia acquisita dalla stazione appaltante segnala fatti o condotte che possono rilevare per valutare l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

Dall'annotazione iscritta nel casellario si evince infatti che la notizia è originata dalla segnalazione pervenuta all'Autorità da parte di Anas S.p.a. (nelle sue funzioni di amministrazione appaltante), che ha comunicato di aver risolto unilateralmente il contratto con l'A.T.I. Grandi Lavori Fincosit (G.L.F.) S.p.a. - E.D.S. Infrastrutture S.p.a., per gravi inadempimenti. L'Autorità di

conseguenza doveva limitarsi – prima dell’annotazione nel casellario – a verificare la provenienza dell’informazione e a stabilire la possibile rilevanza del fatto quale grave illecito professionale ai fini della valutazione di affidabilità professionale.

7.3. - La sussistenza di entrambi gli elementi non è revocabile in dubbio sulla base delle censure della società appellante, che non contesta che l’Anas abbia adottato l’atto di risoluzione del contratto di appalto.

Né del resto può essere contestata l’utilità dell’informazione per le stazioni appaltanti tenute a verificare l’affidabilità professionale dell’operatore economico, ove si tenga conto del consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui l’art. 80, comma 5, lettera c), è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti quei fatti qualificabili come gravi illeciti professionali ascrivibili all’operatore economico, anche non predeterminabili *ex ante*, suscettibili di incidere, in modo negativo, sull’integrità dell’operatore economico (si veda, per tutte, Cons. Stato, V, ordinanza del 9 aprile 2020, n. 2332, ed vivi ulteriori richiami conformi).

7.4. - Peraltro, come già osservato, i limiti entro i quali deve essere svolto il preliminare accertamento della “utilità” della notizia da iscrivere non pregiudicano in alcun modo le successive valutazioni riservate, nelle singole procedure di gara, alle stazioni appaltanti; e ciò in special modo si deve affermare con riguardo al requisito dell’affidabilità professionale dell’operatore economico, la cui specifica conseguenza espulsiva dalla procedura di gara non è automatica, nonostante l’annotazione della notizia nel Casellario, ma subordinata alla valutazione in concreto della stazione appaltante (come di recente sancito anche dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 16 del 2020).

Come risulta dalla documentazione in atti, la stessa società appellante è stata ammessa a una successiva gara della stessa Anas (risultando anche aggiudicataria), pur in presenza dell’annotazione contestata nel presente giudizio. Tale circostanza, contrariamente a quanto sostiene l’appellante, non

significa affatto che la notizia fosse “inutile” - e quindi da non annotare nel casellario informatico – ma conferma quanto fin qui rilevato, ossia che la concreta rilevanza della notizia non scaturisce da effetti direttamente ricollegabili all’annotazione, ma costituisce l’esito di una valutazione della stazione appaltante nelle diverse procedure di gara.

8. - L’appello, pertanto, va rigettato, osservando conclusivamente che è irrilevante stabilire se l’associazione di imprese, nel contratto stipulato con l’Anas e poi risolto, fosse di tipo verticale o orizzontale e quali profili di responsabilità fossero ascrivibili alla società appellante (secondo motivo d’appello). Profili che, come più volte rimarcato, non rilevano ai fini dell’annotazione nel casellario (potendo assumere rilievo, invece, nelle concrete valutazioni riservate alle stazioni appaltanti).

9. - Le spese del presente giudizio sono integralmente compensate tra le parti, in ragione della complessità e novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall’art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, con l’intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO