

Pubblicato il 25/02/2021

N. 02319/2021 REG.PROV.COLL.

N. 07263/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7263 del 2020, proposto da -OMISSIS-, società a socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di -OMISSIS-, in persona del responsabile degli affari legali, rappresentata e difesa dagli avv.ti Renzo Ristuccia, Luca Tufarelli e Mario Di Carlo, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, p.zza Cavour, 17;

contro

Anac - Autorità nazionale anticorruzione, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è domiciliata;

nei confronti

Azienda ospedaliero universitaria (Aou) "Ospedali Riuniti" Umberto I - G.M. Lancisi - G. Salesi di Ancona;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. 53776 del 15.7.2020, con cui Anac ha disposto a carico della ricorrente l'annotazione nel casellario informatico di una penale contrattuale;

- della nota prot. 12538 del 14.2.2020 di avvio del procedimento;

- della segnalazione della stazione appaltante circa l'avvenuta applicazione della menzionata penale contrattuale (nota prot. Anac n. 99964 del 12.12.2019);

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, inclusi, ove occorrer possa, le Linee guida Anac n. 6 e il regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza mediante collegamento da remoto del 27 gennaio 2021 il cons. M.A. di Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato quanto segue in fatto e in diritto.

FATTO

Con ricorso notificato a mezzo pec il 14.9.2020 (dep. il 22.9) la società in epigrafe, nel premettere di esser subentrata all'impresa che nel 2015 si era aggiudicata la gara SCP2 bandita da Consip per l'affidamento dei servizi di connettività nell'ambito del Sistema pubblico di connettività (SPC) per le pubbliche amministrazioni ("fornitura di servizi di trasporto dati in protocollo IP, servizi di sicurezza, servizi di comunicazione e servizi di supporto professionale"), mediante stipula di un contratto quadro della durata di sette anni (in attuazione del quale sarebbero stati attivati contratti esecutivi per euro 800 milioni ca.), ha chiesto l'annullamento del provvedimento con cui Anac, ricevuta (in data 11.12.2019) dall'Azienda ospedaliero universitaria di Ancona una segnalazione relativa all'applicazione di una penale contrattuale, ne ha disposto l'annotazione nel casellario informatico.

A sostegno del ricorso ha dedotto:

1) Violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza e imparzialità dell'azione amministrativa; violazione degli artt. 3 e 97 Cost. e degli artt. 3 e 10 l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; difetto di motivazione; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto:

per pacifica giurisprudenza, l'annotazione nel casellario informatico delle informazioni "utili" con valenza di pubblicità notizia, quali, a es., quelle relative all'applicazione di penali contrattuali, in quanto suscettibile di ledere l'immagine e la posizione dell'operatore in termini di partecipazione alle gare pubbliche, dovrebbe avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, indipendentemente dalla produzione di effetti escludenti automatici, e dovrebbe essere assistita da una motivazione specifica, non essendo sufficiente il mero rilievo di "conferenza" della notizia; nel caso di specie, il provvedimento impugnato sarebbe affetto da carenza istruttoria e *deficit* motivazionale perché non esporrebbe alcuna ragione a sostegno dell'annotazione, specie con riferimento al doveroso apprezzamento sulla rilevanza e utilità dell'inserimento; nel corso del procedimento, peraltro, la ricorrente avrebbe più volte sostenuto l'inutilità dell'annotazione delle penali, risultando confermata l'ingiustificatezza della scelta di rinviare acriticamente a quanto rappresentato dall'amministrazione segnalante circa il superamento della soglia dell'1%

dell'importo dell'ordinativo (secondo quanto previsto dalle Linee guida Anac n. 6); in ogni caso Anac, anche laddove avesse apprezzato la situazione alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, avrebbe dovuto concludere per l'inutilità dell'annotazione, stanti le peculiarità delle convenzioni/accordi quadro Consip (che richiederebbero ai fornitori "uno sforzo operativo ingente e concentrato nel tempo, giacché al momento dell'attivazione si genera un picco di ordini che può determinare delle difficoltà di gestione e ritardi", ma da valutare "nell'ambito della complessiva esecuzione della Convenzione", salvo a non contraddire le ragioni di fondo dell'aggregazione dei fabbisogni e delle gare); in questa ottica, sarebbe potuta chiaramente emergere la sostanziale irrilevanza della penale, "infinitesimale" sotto il profilo quantitativo e di basso impatto anche dal punto di vista qualitativo;

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 8, co. 4, d.P.R. n. 207/2010, dell'art. 57, par. 4, lett. c), dir. n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, degli artt. 80, co. 5, lett. c-ter), e co. 10, 213, co. 10, e 216, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere; illogicità manifesta; difetto di istruttoria; difetto di motivazione; sviamento di potere*: l'annotazione, fondata sull'asserito superamento della soglia dell'1% di cui alle Linee guida n. 6, adottate in base all'art. 80, co. 13, d.lgs. n. 50/2016, sarebbe altresì illegittima in quanto:

- tenuto conto della data di pubblicazione del bando di gara (2013) e dell'art. 216 d.lgs. cit., alla fattispecie sarebbero applicabili non già le Linee guida n. 6 ma il previgente art. 8 d.P.R. n. 207/2010 (regolamento di esecuzione e attuazione del d.lgs. n. 163/2006), nella parte relativa alla possibilità di annotare "episodi di grave negligenza o errore grave nell'esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempimenti contrattuali" (co. 2, lett. p, e co. 4); inoltre, avrebbe dovuto esser considerata la modifica dell'art. 80, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 a opera dell'art. 5 d.l. n. 135/2018, che avrebbe comportato l'abrogazione tacita (o quanto meno la sopravvenuta inefficacia) della parte delle citate Linee guida relative all'individuazione dei possibili casi di inadempimenti contrattuali costituenti gravi illeciti professionali e i mezzi per provarli;

- l'iscrizione automatica di penali superiori all'1% del valore contrattuale sarebbe comunque in contrasto con l'art. 80, co. 5, lett. c-ter), d.lgs. n. 50/2016 (oltre che con l'art. 57, par. 4, lett. g, dir. 2014/24/UE), occorrendo fare riferimento a una "penale" irrogata quale "sanzione equivalente al risarcimento del danno [...] in alternativa all'interruzione del rapporto contrattuale in presenza di un significativo inadempimento della controparte".

Costituitasi in resistenza l'amministrazione, all'odierna udienza, in vista della quale la ricorrente ha prodotto documenti (4.1.2021) ed entrambe le parti memorie, il giudizio è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. La società in epigrafe contesta il provvedimento con cui Anac, a seguito di una segnalazione effettuata da un'amministrazione ordinante, ha disposto, ai sensi dell'art. 8 del regolamento per la gestione del casellario informatico (approvato con delib. n. 861 del 2.10.2019), l'inserimento nel casellario stesso (area B) della seguente annotazione (v. provv. imp.):

- la stazione appaltante ha segnalato "l'applicazione di penali, quantificate in complessivi € 18.692,14, (superiori all'1% del contratto) [...] per ritardo nell'adempimento delle prestazioni oggetto della Convenzione Consip Servizi di connettività nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività - SPC 2. [...] Importo appalto € 524.213,34)";

- l'operatore economico "ha contestato, tra l'altro, la rilevanza della penale comminata avendo a riferimento il valore complessivo delle Convenzioni e degli Accordi Quadro in cui si inserisce. Nel caso di specie, il valore [del] Contratto Quadro OPA SPC2 prevede un massimale di euro 1.440.000.000 ed un valore attualmente impegnato di euro 747.800.178";

- la presente annotazione, "iscritta nell'Area B del Casellario informatico" ai sensi dell'art. 8 reg. cit., "non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche, ma consente alle S.A. l'esercizio del discrezionale apprezzamento circa l'affidabilità del contraente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter), c-quater) d.lgs. 50/2016, anche in conformità a quanto statuito dalla Corte di Giustizia con sentenza 19 giugno 2019, n. C 41/18".

A supporto di tale determinazione si legge:

- la valutazione sulla "gravità dell'inadempimento contrattuale è rimessa al potere discrezionale della stazione appaltante", mentre "l'apprezzamento da parte dell'Autorità, circa i fatti oggetto della segnalazione [...], deve essere ancorato alla non manifesta infondatezza della stessa ai fini della sussistenza del grave illecito professionale" *ex art. 80, co. 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater), d.lgs. n. 50/2016;*

- anche alla luce delle Linee guida n. 6, con cui Anac ha indicato alle stazioni appaltanti "le modalità per procedere all'apprezzamento delle cause incidenti sul motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, risulta imprescindibile garantire alle S.A., attraverso l'iscrizione nel Casellario, la base informativa necessaria per l'esercizio del discrezionale apprezzamento circa l'affidabilità del potenziale contraente";

- nel caso concreto, "la notizia segnalata è utile e non inconferente con le finalità di tenuta del Casellario in quanto riconducibile a un provvedimento di applicazione di penali che superano l'importo dell'1% del contratto ed assumono rilevanza come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), d.lgs. 50/2016, in conformità a quanto previsto dalle Linee guida n. 6 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50";

- conseguentemente, detta notizia dev'essere iscritta "al fine di consentire alle future stazioni appaltanti l'esercizio del discrezionale apprezzamento circa l'affidabilità del contraente, in base a quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c-ter), d.lgs. 50/2016. Ciò in quanto la S.A. ha rilevato un notevole ritardo nell'adempimento delle prestazioni oggetto della Convenzione Consip prodotte dall'operatore economico in questione" (all. 2-1 ric.).

2. Il ricorso è fondato, avuto riguardo al condivisibile orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa in una fattispecie sovrapponibile a quella oggi in esame (Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318, richiamata anche dalla ricorrente).

3. Anzitutto, merita adesione la doglianza prospettante l'errore di Anac nell'individuazione della disciplina applicabile (*sub n. 2 ric.*).

L'Autorità ha ritenuto di fare applicazione delle proprie Linee guida n. 6, adottate ai sensi dell'art. 80, co. 13, d.lgs. n. 50/2016, e dell'art. 8 del regolamento per la gestione del casellario informatico (approvato con delib. n. 861 del 2.10.2019), ma la procedura di gara che ha portato alla stipulazione della convenzione nel cui ambito si è verificato l'inadempimento (con irrogazione della penale) è stata bandita nel corso dell'anno 2013.

Ora, per il menzionato indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato n. 1318/2020 cit.):

- l'ambito temporale di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici è stabilito dall'art. 216 ("Disposizioni transitorie e di coordinamento"), co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016, per il quale "Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore [...]"; per le Linee guida e il regolamento rileva, invece, l'art. 213, co. 17-bis, d.lgs. cit., ai sensi del quale "L'ANAC indica negli strumenti di regolazione flessibile, di cui al comma 2, e negli ulteriori atti previsti dal presente codice, la data in cui gli stessi acquistano efficacia [...]. Gli atti stessi si applicano alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi, con cui si indice la procedura di scelta del contraente, siano pubblicati successivamente alla data di decorrenza di efficacia indicata dall'ANAC ai sensi del primo periodo; [...]";

- "[r]ichiamando la 'procedura di gara' e 'il contratto' al termine della stessa stipulato, il legislatore ha espressamente escluso la possibilità di distinguere tra normativa applicabile alla fase di scelta del contraente e normativa applicabile alla fase di esecuzione del contratto, fissando quale termine unico di riferimento il momento di indizione della procedura di gara" (con la conseguenza che non è applicabile "la disciplina codicistica vigente al momento dell'esecuzione del contratto", riferimento temporale "per espressa indicazione normativa, irrilevante a definire la normativa *ratione temporis* applicabile");

- a tali considerazioni non segue, però, "l'immediata caducazione degli atti impugnati poiché il potere di iscrizione nel Casellario informatico era previsto anche dalla previgente disciplina (il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)", venendo così in rilievo un potere "esercitato – ed esercitabile – senza soluzione di continuità anche dopo l'abrogazione dell'art. 8, comma 2, lett. d) del d.p.r. n. 207/2010" (in altri termini, "l'erronea indicazione della base giuridica nel contenuto del provvedimento non può condurre al suo annullamento se il potere, cui il provvedimento dava attuazione, aveva fonte normativa in altra disposizione legislativa, sia pure non espressamente richiamata in atto").

Di qui, le seguenti conclusioni (che possono essere ribadite anche nel presente giudizio):

- è necessario "procedere alla verifica delle differenze tra le due discipline [...] per stabilire se l'ANAC abbia esercitato il suo potere nel rispetto delle condizioni e dei limiti fissati dalla normativa previgente"; in questa ottica, l'art. 8, co. 4, d.P.R. n. 207/2010 – "Per le imprese non qualificate, esecutrici di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro, nonché per i fornitori di prodotti e per i prestatori di servizi, rispettivamente nella subsezione relativa alle imprese non qualificate esecutrici di lavori pubblici, nella sezione relativa ai fornitori di prodotti, nella sezione relativa ai prestatori di servizi, sono inseriti, a cura dell'Autorità, a seguito di segnalazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), i dati di cui al comma 2, lettere a), b), n), o), p), q), r), s), z), aa), bb) e cc), nonché i dati di cui al comma 3, lettera c). Per i servizi e le forniture di importo superiore a 150.000 euro sono altresì inseriti, nelle rispettive sezioni, i dati di cui al comma 3, lettera a). Sono altresì inserite tutte le altre notizie riguardanti i predetti operatori economici che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, forniture e servizi, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tutela del casellario" (enf. agg.) – è stato interpretato "nel senso di ritenere esistente una clausola di iscrizione innominata, vale a dire la possibilità di annotare ogni notizia riguardante le imprese ritenuta utile ai fini della tenuta del Casellario, sebbene non rientrante tra quelle espressamente codificate", con la conseguenza che l'Autorità "aveva (ed ha tuttora) 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";

- “l’applicazione della penale per ritardo nella fornitura rispetto ai tempi imposti dal contratto poteva essere considerata, in astratto, una notizia ‘utile’ e, dunque, suscettibile di iscrizione nel Casellario informatico – per essere riconducibile alla fattispecie del ‘grave errore professionale’ di cui all’art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 163 cit. – ma [...], comunque, era onere dell’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. Stato n. 1318/2020 cit., par. 2.5).

Nella specifica controversia sottoposta al suo esame, il Consiglio di Stato, facendo applicazione dell’indirizzo di cui si è appena dato conto:

- ha ritenuto come Anac fosse “tenuta, prima di procedere all’iscrizione nel casellario informatico, a valutare l’utilità della notizia alla luce delle circostanze di fatto esposte dall’operatore economico nella sua memoria, poiché effettivamente incidenti sull’importanza dell’inadempimento (ovvero sulla gravità dell’errore professionale commesso) e, in via indiretta, sull’apprezzamento dell’affidabilità della società da parte delle stazioni appaltanti, cui è imposta la consultazione del Casellario, per ogni procedura di gara indetta successivamente all’iscrizione” (reputando meritevoli di attenzione le circostanze che il ritardo avesse riguardo una piccola parte della complessiva fornitura espletata nei confronti della medesima amministrazione ordinante e che l’importo della penale fosse “inferiore all’1% se conteggiata tenendo conto del valore complessivo della convenzione o anche, solo, di tutti gli ordinativi” della stessa amministrazione);

- ha rilevato come nel provvedimento di iscrizione non si fosse “dato in alcun modo conto delle ragioni per le quali tali circostanze risultavano irrilevanti nella valutazione di utilità dell’iscrizione”, essendosi l’Autorità “limitata ad affermare che le richieste formulate dall’operatore economico nella memoria trasmessa non potevano essere accolte per il carattere meramente informativo dell’iscrizione, che non comportava l’automatica esclusione dalla procedura, dovendo, pur sempre, la stazione appaltante, nell’esercizio della sua discrezionalità svolgere le valutazioni di competenza sui pregressi comportamenti del concorrente”, argomentazione, quest’ultima, ritenuta “inconferente ed elusiva degli specifici obblighi motivazionali in caso di adozione del provvedimento di iscrizione nel Casellario informatico”;

- ha disposto, infine, l’annullamento del provvedimento di annotazione “poiché, sia pure adottato nell’esercizio di un potere riconosciuto da disposizioni normative *ratione temporis* applicabili, risulta carente in punto di motivazione, per mancato approfondimento delle ragioni di utilità della notizia segnalata dalla stazione appaltante alla luce delle circostanze allegate dall’operatore in sede procedimentale”.

4. Il profilo in questione costituisce l’oggetto (sostanziale) del primo motivo e della seconda parte del secondo mezzo, con cui la ricorrente lamenta, per l’appunto, il mancato apprezzamento da parte di Anac, nei sensi innanzi precisati, dell’utilità della notizia segnalata dall’amministrazione ordinante.

Tale censura è, per quanto detto, fondata.

Nel provvedimento impugnato sono riportate le argomentazioni addotte dalla ricorrente in sede procedimentale (con “memoria difensiva” del 10.3.2020), vertenti – oltre che sulla necessità di una “valutazione circa la rilevanza di un ritardo nell’adempimento [...], che non ha riguardato l’interruzione del servizio o la sua qualità, né tantomeno una risoluzione contrattuale e circa l’utilità della notizia per la successiva valutazione da parte di altre stazioni appaltanti” – sulla rilevanza della penale in concreto irrogata “nel quadro complessivo delle Convenzioni e degli Accordi

Quadro delle centrali di committenza e di Consip in particolare. La valutazione di affidabilità del contraente, infatti, non può prescindere dalla dimensione complessiva dello sforzo esecutivo richiesto al fornitore e dalla dinamica progettuale su cui si basa la gara aggiudicata”, prevedendo in particolare il “Contratto Quadro OPA SCP2 [...] un massimale di euro 1.440.000.000 ed un valore attualmente impegnato di euro 747.800.178”.

A fronte di queste deduzioni, Anac si è limitata a rilevare come la circostanza del ritardo nell’adempimento fosse stata “espressamente ammessa” dall’operatore economico nelle anzidette osservazioni procedurali (“ritardata attivazione del servizio di alta affidabilità, per cui i giorni di lavorazione sono stati complessivamente 179 gg., ovvero 59 gg oltre il periodo dichiarato”) e come il contegno della stazione appaltate non fosse risultato “manifestamente contrario ai principi di buona fede e correttezza, posto che la stessa Amministrazione ha ribadito di essersi resa sempre adempiente agli obblighi di pagamento delle fatture nei confronti dell’appaltatrice e di avere agito nel pieno rispetto delle norme vigenti [...]”.

Mentre il tema dell’incidenza della penale sul valore del contratto di riferimento è stato “risolto” mediante l’inserimento nel testo da pubblicare della contestazione della ricorrente, senza alcuna spiegazione, però, sulle ragioni dell’“utilità” della notizia (indipendentemente dal superamento del parametro dell’1% fissato dalle Linee guida e dal regolamento di gestione del casellario).

Si può così notare che anche nel caso in esame (come in quello di cui si è detto) la motivazione dell’annotazione (v. sopra, par. 2) risulta “inconferente ed elusiva degli specifici obblighi motivazionali in caso di adozione del provvedimento di iscrizione nel Casellario informatico”, non essendo state approfondite le “ragioni di utilità della notizia segnalata dalla stazione appaltante alla luce delle circostanze allegare dall’operatore in sede procedimentale”.

Di qui, la fondatezza della doglianza.

5. In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto nei sensi innanzi precisati e il provvedimento impugnato dev’essere conseguentemente annullato.

Le spese di giudizio possono essere compensate in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta della parte ricorrente e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all’art. 52, co. 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, manda alla Segreteria di procedere all’oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la stessa ricorrente.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del 27 gennaio 2021 con l’intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Mario Alberto di Nezza

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.