

Diritto Amministrativo

a cura di Adolfo Angeletti e Mariano Protto

con Roberto Caranta e Marco Sica

Contratti della P.A.

T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I-*quater*, 30 novembre 2023, n. 17979 – Pres. Anastasi – Est. Lauro – xx xx (avv. ti Mollica e Zaccone) c. Anac Autorità Nazionale Anticorruzione (Avv.ra di Stato) e yy yy (avv. Lenza).

Contratti della P.A. – Casellario informatico tenuto presso l'ANAC – Annotazione del provvedimento di risoluzione contrattuale – Socio adempiente di una società consortile, costituita dopo l'aggiudicazione di un appalto – Illegittimità – Ragioni – Fattispecie

È illegittima l'annotazione nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture della risoluzione contrattuale per gravi inadempimenti ex art. 213, 10° comma, D.Lgs. n. 50/2016 nei confronti di un socio di una società cooperativa laddove l'inadempimento non sia addebitabile al predetto socio, tenuto conto che l'annotazione al Casellario informatico da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione deve avere ad oggetto notizie ritenute "utili", nonché veritiere e complete, in osservanza ai principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Plurisoggettività e responsabilità nei contratti pubblici

La sentenza affronta una questione che, come un fiume carsico, riaffiora periodicamente in ragione delle ricadute che la risoluzione per inadempimento di un contratto pubblico può avere sulle future gare, sia dal punto di vista dell'obbligo di dichiarare precedenti "illeciti professionali" (oggi disciplinato dagli artt. 95 e 98, D.Lgs. n. 36/2023) che della possibile annotazione da parte di ANAC nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

La questione si riferisce a tutte le ipotesi in cui l'operatore nei cui confronti è disposta la risoluzione per colpa è costituito da un Raggruppamento Temporaneo di Imprese e l'inadempimento risulti imputabile, in ragione della ripartizione delle prestazioni di-

chiarate in sede di gara, solo ad alcuni degli operatori raggruppati (sulla disciplina dei RTI alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici: F. Caringella (cur.) *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2023, sub art. 68).

Con riferimento agli obblighi dichiarativi, si rinvia uno specifico ed autorevole precedente del Consiglio di Stato, secondo cui "non può essere esclusa da una gara d'appalto un'impresa laddove la risoluzione contrattuale di un precedente contratto con una diversa amministrazione appaltante sia conseguente all'inadempimento imputabile ad altro operatore del raggruppamento temporaneo" (Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512, Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2015, n. 3241; Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917); in caso contrario il giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico riponderebbe irragionevolmente su fatti ad esso non ascrivibili (Cons. di Stato, Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704).

Il versante di cui si occupa invece la sentenza in commento è quello relativo all'annotazione nel casellario informatico, non completamente sconnesso da quello dell'obbligo dichiarativo, trattandosi comunque della necessità o meno di rendere edotte le stazioni appaltanti della ricorrenza di un precedente illecito professionale.

Nel caso di specie era stata impugnata l'annotazione disposta da ANAC nei confronti delle imprese di un RTI, poi trasformatosi in società cooperativa, senza differenziare la posizione dei singoli operatori raggruppati (poi soci) e senza quindi prendere in considerazione le singole responsabilità nell'inadempimento per cui è stata disposta la risoluzione.

Con riferimento al potere di annotazione occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 213, 10° comma del previgente codice (ora art. 222, 10° comma, D.Lgs. n. 36/2023), 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, 5° comma, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, 10° comma, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84”.

All'art. 8, 2° comma, del “Regolamento per la gestione del Casellario Informatico” adottato dall'Autorità è poi specificato 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”.

In ordine all'esercizio del potere di annotazione (cfr. in dottrina, con riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici: F. Caringella (cur.) *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2023, sub art. 222), la giurisprudenza ha precisato che l'autorità è tenuta ad apprezzare la non manifesta infondatezza dei fatti oggetto di segnalazione (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 23 marzo 2021, n. 3535; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 9 maggio 2023, n. 7782), oltretutto la loro utilità in considerazione delle finalità per cui è istituito il Casellario (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318), invece è escluso che la stessa possa sostituirsi al giudice competente a valutare nel merito la sussistenza dell'inadempimento e/o dell'illecito contestato all'operatore (ovvero, a valutare la legittimità del provvedimento oggetto di annotazione), attività che esula dal corretto esercizio del potere di annotazione (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 31 dicembre 2020, n. 14186).

Ed è proprio sui limiti valutativi in capo ad ANAC che il profilo delle reciproche responsabilità tra gli operatori raggruppati si complica in ragione dell'assunto secondo cui a ANAC, al fine di procedere all'annotazione, non spetterebbe il compito di valutare i rapporti all'interno di un RTI, né di verificare la responsabilità di ciascuna partecipante al raggruppamento riguardo alla risoluzione contrattuale, non potendo interpersi nelle valutazioni inerenti al comportamento degli operatori economici di esclusiva competenza della stazione appaltante.

Con un ragionamento sostanzialistico e del tutto condivisibile, il T.A.R. scioglie il nodo interpretativo, evidenziando che l'annotazione deve comunque esse-

re “utile” e pertanto la mancata considerazione da parte dell'Autorità della sostanziale estraneità dell'operatore raggruppato si traduce in difetto di istruttoria e motivazione con conseguente illegittimità dell'annotazione medesima, anche in ragione della violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa.

Il principio affermato nella sentenza impugnata, per la prima volta *expressis verbis*, circa l'obbligo di ANAS di tenere conto della specifica responsabilità di ogni impresa raggruppata, pare aver portata generale ed essere riferito a tutte le ipotesi in cui la risoluzione per inadempimento sia contestata nei confronti di un RTI (come tale, il principio è stato ribadito, in sede cautelare, anche recentissimamente dal medesimo T.A.R.: Sez. I-*quater*, ord., 15 gennaio 2024, n. 112).

La portata della sentenza è quindi assai rilevante, poiché sembra valorizzare il fatto che l'annotazione nel casellario informatico non è mai priva di conseguenze per l'immagine dell'operatore economico, anche se, come previsto dalla legge, non comporta l'automatica esclusione dell'operatore dalla future gare.

Infatti, come precisato dallo stesso T.A.R. le annotazioni ANAC non incidono mai in maniera ‘indolore’ nella vita dell'impresa, anche laddove non prevedano l'automatica esclusione o la conseguente interdizione dalle gare pubbliche, perché comunque rilevanti sia sotto il profilo dell'immagine sia sotto quello dell'aggravamento della partecipazione a selezioni pubbliche” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 25 febbraio 2019, n. 2178; T.A.R. Lazio, Roma, 11 giugno 2019, n. 7595; T.A.R. Lazio, Roma, 2 ottobre 2019, n. 11470) considerato che “qualsiasi dubbio sulla affidabilità dell'operatore economico è in grado di ridondare, per esempio, sulla partecipazione delle gare ristrette, ad invito” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 9 settembre 2022, n. 5726).

Sono altresì degne di nota le statuizioni del T.A.R. in merito alla particolarità del caso di specie, costituito dalla trasformazione del RTI in società consortile nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

Con riferimento a tale profilo, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza prevalente, vi è una integrale e perfetta sovrapposizione tra il RTI affidatario che stipula il contratto con la stazione appaltante e la società consortile esecutrice delle prestazioni contrattuali, proprio perché la costituzione di tale struttura non ha effetti sul contratto di appalto, nemmeno in termini di responsabilità, non essendosi sostituito alcun soggetto giuridico nello svolgimento del rapporto; in tal senso l'art. 93, 2° comma, D.P.R. n. 207/2010 è esplicito nel prevedere che restano ferme le “...responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice”.

Chiarita la derogabilità in astratto del principio di autonomia patrimoniale perfetta per le società consortili di capitali, il T.A.R. rileva che gli artt. 48, D.P.R. n. 50/2016 e 93 del D.P.R. n. 207/2010 – letti in com-

binato disposto – rappresentano le specifiche norme di legge che permettono, secondo l'insegnamento della giurisprudenza civile, di derogare al regime di responsabilità patrimoniale previsto per le società di capitali, anche in ragione dell'espresso rinvio alla "responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice" previsto dal comma n. 2 dell'art. 93 sopra citato. Tale rinvio, deve infatti riferirsi al regime di responsabilità previsto dall'art. 48, D.Lgs. n. 50/2016 e, pertanto, alla responsabilità solidale delle società raggruppate/consorziate per le obbligazioni assunte nei confronti dei terzi (si veda, in tale senso, anche Trib. Milano, Sez. imprese, 14 dicembre 2018, n. 12618 seppur con riferimento al previgente D.Lgs. n. 163/2006).

Nel caso in cui venga costituita una società consortile per l'esecuzione del contratto viene quindi a costituirsi un autonomo centro di imputazione giuridica, che legittimamente interagisce con la stazione appal-

tante per tutte le fasi esecutive del contratto (compresa anche quella eventualmente patologica). Semplicemente, in ragione della precipua e specifica disciplina contenuta nella normativa speciale, tale nuovo soggetto non si sostituisce all'originaria ATI, non subentrando nel relativo contratto, ma si aggiunge, ferme restando le responsabilità delle imprese associate che, quindi, rispondono solidamente con la società, anche in deroga al regime patrimoniale tipico del paradigma societario prescelto.

In definitiva, la costituzione di una società consortile non altera, nei confronti della S.A., il regime di responsabilità proprio della tipologia di RTI prescelta e pertanto, ai sensi dell'art. 48, D.Lgs. n. 50/2016, anche in tali ipotesi, la responsabilità di ciascun componente del raggruppamento è limitata alla sola esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza.

Mariano Protto