

APPALTI: Contratti della P.A. - Casellario informatico tenuto presso l'ANAC - Annotazione - Esclusivo riferimento all'applicazione di alcune penali contrattuali di modesto importo - Segnalata dalla P.A. appaltante - Illegittimità per difetto di motivazione.

Tar Lazio - Roma, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 8590

“[...] la mancata dichiarazione della irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé la violazione dei doveri professionali e non costituisce prova di grave negligenza, così definita dal legislatore dapprima con l'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, e rinnovato dall'art. 80 comma 5 lett. c) e c-ter), poiché l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque "grave negligenza...." [...].”

[...] l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque di "grave negligenza", per la ragione che “siffatte penali, specie se riferite ad episodi isolati e di modesta rilevanza, non offrono, per la loro natura fisiologica nella complessiva economia ed esecuzione dell'appalto, alcun elemento per considerare l'inadempimento cui sono collegati un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale” [...]

L'art. 8, comma 2, lett. b), del Regolamento sul casellario, del resto, non prevede espressamente l'obbligo dell'ANAC di annotare tutti i provvedimenti ivi contemplati, limitandosi tale norma ad esplicitare la tipologia dei provvedimenti che possono essere annotati nella Sezione B, sull'implicito presupposto che sussistano le condizioni per procedere all'annotazione. In altre parole: con l'art. 8, comma 2, lett. b), l'ANAC non si è autovincolata ad annotare tutte le penali di valore superiore all'1% dell'importo contrattuale [...].

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe indicato la -OMISSIS- ha impugnato il provvedimento dell'ANAC n. -OMISSIS- del -OMISSIS- a mezzo del quale è stata disposta, nei di lei confronti, una annotazione “utile”, non interdittiva, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del D. L.vo 50/2016, estendendo l'impugnazione anche agli atti connessi.
2. L'annotazione consegue alla segnalazione di una stazione appaltante relativa all'applicazione, alla ricorrente, di due penali contrattuali: una dell'importo di 81,08 euro, l'altra di 446,49 euro, correlate alla contestazione di ritardi nell'esecuzione di un contratto d'appalto, aggiudicato al prezzo di 40.590,00 euro, al netto di IVA
3. A motivo dell'impugnazione -OMISSIS- ha dedotto:

I) Illegittimità e/o invalidità e/o annullabilità e/o inefficacia dei provvedimenti impugnati. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 213, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 17 del Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di cui alla delibera n. 861 del 02.01.2019 e dell'art. 3 L n. 241/1990. Difetto e/o omessa motivazione. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

Secondo la ricorrente ANAC non avrebbe congruamente motivato la decisione di disporre l'annotazione, con particolare riferimento alle osservazioni da essa presentate nel corso del procedimento, ove si spiegavano le ragioni degli inadempimenti contestati, consistenti nel ritardo di alcuni interventi; inoltre l'annotazione non risponderebbe ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, tenuto conto del fatto che l'affidabilità della ricorrente sarebbe confermata dal fatto che il contratto è ancora in corso, che la stazione appaltante non ha applicato ulteriori penali e che, infine, la stessa ANAC, modificando le Linee Guida n. 6, ha circoscritto l'obbligo delle stazioni appaltanti, di denunciare le penali contrattuali, limitandolo a quelle più gravi. Secondo la ricorrente l'ANAC si sarebbe limitata a prendere atto del fatto che le penali irrogate dalla stazione appaltante erano superiori all'1% del valore del contratto, senza effettuare una autonoma valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico e della correlativa utilità dell'annotazione.

II) Illegittimità e/o invalidità e/o annullabilità e/o inefficacia dei provvedimenti impugnati. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11, comma 1, del Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di cui alla delibera n. 861 del 02.01.2019 e dell'art. 3 L n. 241/1990. Eccesso di potere, difetto di motivazione.

Secondo la ricorrente il provvedimento sarebbe illegittimo in quanto adottato all'esito di un procedimento viziato, a monte, dal ritardo della stazione appaltante nell'inoltrare la segnalazione: nella specie la segnalazione appaltante sarebbe stata trasmessa circa 4 mesi dopo l'applicazione della seconda penale, anziché entro i 30 giorni previsti dalla norma regolamentare. La ricorrente richiama giurisprudenza della Sezione per sostenere la perentorietà del termine in questione.

III) Illegittimità e/o invalidità e/o annullabilità e/o inefficacia dei provvedimenti impugnati. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 del Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di cui alla delibera n. 861 del 02.01.2019 e dell'art. 3 L n. 241/1990. Travisamento dei fatti. Violazione del contraddittorio. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere. Difetto di motivazione.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta che ANAC non avrebbe tenuto conto delle giustificazioni addotte dall'operatore economico per giustificare il ritardo.

4. L'ANAC si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

5. Alla camera di consiglio del 24 febbraio 2021 il Collegio ha accolto l'istanza di concessione di misure cautelari ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.: ha quindi fissato l'udienza di discussione del merito al 7 luglio 2021, quando il ricorso, previo scambio di memorie, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

6. Il primo motivo di ricorso merita favorevole valutazione, sia pure nei limiti di cui si dirà.

6.1. Va ricordato, anzitutto, che il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi circa la sussistenza, o meno, dell'obbligo dell'operatore economico di dichiarare, all'atto di partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, le penali contrattuali di cui fosse stato destinatario nel corso di precedenti rapporti con amministrazioni pubbliche, ha più volte affermato che *“la mancata dichiarazione della irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé la violazione dei doveri professionali e non costituisce prova di grave negligenza, così definita dal legislatore dapprima con l'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, e rinnovato dall'art. 80 comma 5 lett. c) e c-ter), poiché l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque "grave negligenza....”* (C.d.S., Sez. V, n. 1346/2018; n. 2794/2019; C.d.S., Sez. III, n. 1609/2020; TAR Lazio, Roma, Sez. III, n. 6194/2020).

6.2. E' altresì noto che le Linee Guida n. 6, adottate dall'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 13, del d.lgs. 18.4.2016 n. 50, recanti *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»*, nella versione originale, approvata nel corso del 2016, indicavano (art. 2.1.1.1.) le penali contrattuali, senza ulteriore specificazione, tra gli eventi soggetti a necessaria valutazione da parte della stazione appaltante, in quanto comportamenti sintomatici di inaffidabilità o di mancanza di integrità morale dell'operatore economico. Tuttavia nel 2017 l'ANAC ha approvato alcune modifiche alle citate Linee Guida n. 6, prevedendo, relativamente alle penali contrattuali, che dovessero considerarsi soggette a valutazione solo quelle il cui valore, singolo e complessivo, superasse l'1% del valore del contratto d'appalto: tale modifica è stata introdotta sul presupposto che solo le penali di importo superiore alla soglia indicata potessero presuntivamente considerarsi sintomatiche di inaffidabilità o mancanza di integrità dell'operatore economico.

6.3. Correlativamente, nel Regolamento sulla tenuta del casellario l'ANAC, nel disciplinare il contenuto della Sezione B, il cui accesso è riservato alle stazioni appaltanti e alle S.O.A., all'art. 8, ha previsto ivi sono annotate, tra l'altro, *“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.”*

6.4. Le previsioni, contenute nelle Linee Guida n. 6 e nel Regolamento sulla tenuta del casellario debbono, peraltro, essere lette anche alla luce della giurisprudenza sopra ricordata, dalla quale si evince che l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque di "grave negligenza", per la ragione che *“siffatte penali, specie se riferite ad episodi isolati e di modesta rilevanza, non offrono, per la loro natura fisiologica nella complessiva economia ed esecuzione dell'appalto, alcun elemento per considerare l'inadempimento cui sono collegati un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale”* (C.d.S., Sez. V., n. 6615 del 29 ottobre 2020).

6.5. L'art. 8, comma 2, lett. b), del Regolamento sul casellario, del resto, non prevede espressamente l'obbligo dell'ANAC di annotare tutti i provvedimenti ivi contemplati, limitandosi tale norma ad esplicitare la tipologia dei provvedimenti che possono essere annotati nella Sezione B, sull'implicito presupposto che sussistano le condizioni per procedere all'annotazione. In altre parole: con l'art. 8, comma 2, lett. b), l'ANAC non si è autovincolata ad annotare tutte le penali di valore superiore all'1% dell'importo contrattuale.

6.6. Nella specie si constata che il provvedimento impugnato giustifica l'annotazione richiamando le già citate previsioni del Regolamento e delle Linee Guida n. 6, senza aggiungere altro, così dimostrando di ritenere tali norme, che non hanno rango primario, automaticamente vincolanti, o comunque esplicitazione di una presunzione assoluta di inaffidabilità dell'operatore. La soglia dell'1%, invece, deve intendersi come sintomatica di inaffidabilità dell'operatore economico ai soli fini di innestare l'obbligo delle stazioni appaltanti di darne segnalazione all'ANAC: simili penali, però, non costituiscono prova inconfutabile di grave errore professionale e, in quanto tali, mentre non generano l'obbligo dell'operatore economico di dichiararle all'atto di partecipare ad una gara, al contempo non autorizzano le stazioni appaltanti a fondare automaticamente su di esse una decisione di esclusione, né esimono l'ANAC dal valutare, caso per caso, se la relativa annotazione

presenti utilità (per le stazioni appaltanti), in funzione del fatto che sono concretamente indicative di inaffidabilità o mancanza di integrità dell'operatore economico.

6.7. Tanto più quando, come nel caso di specie, l'applicazione di penali sia stata episodica e non abbia comportato la risoluzione del contratto, dal momento che simili circostanze sono indicative della persistenza della fiducia nell'operatore economico, da parte della stazione appaltante.

6.8. Quanto sopra conferma il recente precedente della Sezione di cui alla sentenza n. 7717 del 30 giugno 2021, ove è stata affermata la necessità che l'ANAC procedesse a valutare l'utilità dell'annotazione, benché oggetto di annotazione fosse un provvedimento applicativo di una penale di valore superiore all'1% dell'importo contrattuale.

6.9. Il primo motivo di ricorso va quindi accolto, dovendosi constatare che nel provvedimento impugnato manca una reale motivazione sull'utilità dell'annotazione, motivazione che – si ripete – non può riposare solo sulle previsioni delle Linee Guida n. 6 e sull'art. 8, comma 2, lett. b) del Regolamento sulla tenuta del casellario.

7. Ai fini della riedizione dell'azione amministrativa è utile esaminare anche gli ulteriori motivi di ricorso.

8. Il secondo motivo va respinto sul rilievo che il termine previsto dall'art. 11 del Regolamento sulla tenuta del casellario, per la segnalazione all'ANAC da parte delle stazioni appaltanti, non può ritenersi perentorio e la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, che si riferisce ai termini nei procedimenti sanzionatori, non può trovare applicazione nel caso di specie, in ragione della natura non sanzionatoria dell'annotazione c.d. "non interdittiva".

8.1. Di conseguenza, anche la segnalazione tardivamente avviata dalla stazione appaltante legittima l'avvio del procedimento finalizzato all'annotazione ex art. 213, comma 10, del D. L.vo 50/2016, fermo restando che il decorso di un lungo lasso di tempo tra l'evento e la segnalazione potrebbe essere sintomatico dell'assenza di una effettiva utilità dell'annotazione.

9. Il terzo motivo va accolto, sia pure nei limiti di cui si dirà.

9.1. Come ha recentemente ribadito la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4299/2021, nel corso del procedimento relativo alle annotazioni c.d. "utili" l'ANAC non è tenuta a valutare la legittimità delle decisioni assunte dalle stazioni appaltanti, nell'esercizio delle loro competenze, che sono all'origine delle segnalazioni: questo al fine di garantire la coerenza interna del sistema, di evitare che vengano assunte, da autorità diverse, decisioni di diverso contenuto, ma anche di evitare che si vanifichi lo scopo della tenuta del Casellario. Piuttosto, spetta ad ANAC verificare se la segnalazione si fonda su fatti effettivamente sussistenti e sia "conferente", ovvero abbia ad oggetto una di quelle circostanze che l'art. 213, comma 10, indica come oggetto di annotazione.

9.2. Le osservazioni presentate dalla ricorrente nel corso del procedimento non avrebbero, quindi, legittimato l'ANAC ad affermare l'irrelevanza degli inadempimenti e delle penali contrattuali applicate dalla Stazione Appaltante.

9.3. Ciò nondimeno l'ANAC avrebbe dovuto considerare quanto rappresentato dalla ricorrente nel corso del procedimento al fine di verificare l'eventuale sussistenza di indici sintomatici della persistente affidabilità dell'operatore economico e, quindi, ai fini di motivare l'utilità dell'annotazione: tale considerazione, in tutta evidenza, è completamente mancata, il che conferma che l'ANAC, errando, ha attribuito rilevanza *ex se* dirimente al fatto che le penali superavano la soglia dell'1%.

10. Il ricorso va conclusivamente accolto, con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

11. Le spese del giudizio possono essere compensate in considerazione della relativa novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento ANAC Prot. Uscita n. -OMISSIS- del 18 novembre 2020, recante "comunicazione inserimento dell'annotazione nel Casellario Informatico" a carico della ricorrente, fatte salve le ulteriori determinazioni.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021, celebrata in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Laura Marzano, Presidente FF

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario