



.....OMISSIS.....

Oggetto

Intervento urgente di messa in sicurezza e ripristino della viabilità dell'infrastruttura stradale comunaleOMISSIS..... del comune diOMISSIS....., interessata dagli eccezionali eventi sismici che hanno colpito il territorio delle regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo a partire dal giorno 24 agosto 2016 – transazione – affidamento lavori - richiesta di parere – *vs rif. prot. n. 2429 del 13.4.2023.*

FUNZ CONS 23/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 14 aprile 2023, acquisita al prot. Aut. n. 29205, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 17 maggio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene alla possibilità, per la stazione appaltante, di concludere un accordo transattivo e riappaltare i lavori alla stessa ditta affidataria, nei confronti della quale è stata disposta la risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento ai sensi dell'art. 108, co. 3, del d.lgs. 50/2016. Risoluzione contrattuale oggetto di apposita segnalazione all'Autorità, a seguito della quale è stata disposta, a carico dell'operatore economico interessato, una annotazione nel Casellario informatico delle imprese ai sensi dell'art. 213, comma 10, del d.lgs. 50/2016.

Al fine di fornire indicazioni all'amministrazione richiedente, si osserva in primo luogo che esula dalla sfera di competenza dell'Autorità il rilascio di pareri di conformità alla disciplina di settore di ipotesi di conciliazione o di transazioni di controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.

In particolare, in tale ultimo caso, l'art. 208 del d.lgs. 50/2016 (e già dell'art. 239 del d.lgs. 163/2006) prevede che la transazione volta a dirimere controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici, deve essere preceduta dal parere della competente Avvocatura (o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso), con il quale devono essere ponderati i diversi interessi sottesi alla questione da transigere.

È dunque rimessa alla competente Avvocatura ogni valutazione in ordine ai contenuti dell'eventuale atto transattivo da sottoscrivere tra le parti, fatto salvo l'esercizio dei poteri di vigilanza di cui all'art. 213 del d.lgs. 50/2016.

Si rappresenta, in ogni caso, quale indirizzo generale, che appaiono stringenti i limiti entro i quali l'istituto sopra richiamato può essere esercitato nell'ambito dei contratti pubblici.

È quanto può evincersi dai chiarimenti offerti dall'Autorità in diverse pronunce (*ex multis* parere sulla normativa AG40 del 26.9.2013, deliberazione n. 103 del 5.12.2012, deliberazione n. 56 del 3.12.2008, deliberazione n. 10 del 19.3.2008, deliberazione n. 308 del 13.11.2001), nelle quali è stato chiarito che l'amministrazione, in linea generale, può addivenire ad una transazione con l'appaltatore per dirimere controversie insorte in sede di esecuzione del contratto, fermo restando che la particolare natura giuridica del rapporto instaurato tra le parti, sorto a seguito della procedura di scelta del contraente soggetta al regime pubblicistico, impone precisi limiti alla possibilità di modificare il contenuto delle rispettive prestazioni.

Così, mentre deve ritenersi praticabile in ambito pubblicistico una transazione c.d. "semplice", ossia semplicemente modificativa della situazione giuridica dedotta in lite, deve escludersi invece l'ammissibilità di una transazione "novativa", intesa come accordo mediante il quale si instaura con l'appaltatore *un nuovo e diverso rapporto contrattuale*, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario concluso a seguito di una procedura ad evidenza pubblica (*ex multis* delibera n. 56/2008 cit.).

Il carattere imperativo ed indisponibile dei sistemi di affidamento degli appalti pubblici preclude quindi la conclusione di accordi transattivi che, alterando sostanzialmente e radicalmente l'assetto negoziale definito con l'aggiudicazione, *si ponga come fonte nuova del rapporto e si atteggi come un diverso titolo dell'affidamento dell'appalto*, in violazione delle disposizioni inderogabili che regolano la scelta del contraente e la definizione del contenuto del contratto.

Sulla base di tali considerazioni, è stato quindi osservato che «la conclusione di un accordo transattivo tra amministrazione aggiudicatrice ed appaltatore al fine di tacitare le pretese avanzate da quest'ultimo in sede giurisdizionale in cambio di un nuovo affidamento di lavori, determina un grave *vulnus* agli equilibri concorrenziali. Le procedure di affidamento sono, infatti, rigorosamente soggette alla normativa comunitaria e nazionale a tutela della libera concorrenza e non possono essere oggetto di scambi transattivi in termini di "affidamento lavori/rinuncia alle liti» (Deliberazione n. 10 del 19.3.2008).

Ciò è stato chiarito anche dalla giurisprudenza comunitaria, secondo la quale «al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione (...) quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto», precisando che «la modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata» e che «una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario» (Corte di Giustizia CE, sez. III, 19 giugno 2008, causa C- 454/06).

I principi sopra richiamati sono stati confermati dallo stesso giudice comunitario, il quale ha ulteriormente chiarito che «dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva, comportante rinunce reciproche per entrambe le parti, allo scopo di porre fine a una controversia,

dall'esito incerto, sorta a causa delle difficoltà incontrate nell'esecuzione di tale appalto. La situazione sarebbe diversa soltanto nel caso in cui i documenti relativi a detto appalto prevedessero la facoltà di adeguare talune sue condizioni, anche importanti, dopo la sua aggiudicazione e fissassero le modalità di applicazione di tale facoltà» (Corte di Giustizia CE, sez. VIII, 7 settembre 2016, causa C-549/14).

Conclusivamente, in ambito pubblicitario, i limiti del ricorso all'istituto in esame consistono nel divieto di stipulare la transazione c.d. novativa, intesa come accordo mediante il quale si instaura con l'appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale, nel senso sopra indicato (parere sulla normativa AG40 del 26/9/2013).

Non appare quindi conforme alla disciplina di settore un'ipotesi di transazione di controversie relativa a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, con la quale si proceda ad assegnare l'esecuzione di nuove opere all'appaltatore originario, o a riassegnare le stesse opere all'appaltatore con il quale sia intervenuta una risoluzione contrattuale, trattandosi di modalità di affidamento di appalti pubblici in violazione delle disposizioni del Codice, contemplante sistemi di aggiudicazione dei contratti pubblici tassativi e improntati al rispetto dei principi indicati all'art. 30, con particolare riferimento ai principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel Codice.

Sotto altro profilo, in ordine alla possibilità di affidare un contratto pubblico ad un operatore economico, a carico del quale sussista un'annotazione nel Casellario delle imprese ex art. 213, comma 10 del Codice, relativa ad una risoluzione contrattuale per grave inadempimento, ancorché una simile annotazione non comporti l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche, la stessa richiede comunque alle stazioni appaltanti 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.

Il riferimento è alle fattispecie che possono costituire grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 sopra richiamato. La valutazione in ordine all'incidenza di tali fattispecie, ai fini della configurabilità della causa di esclusione in esame, è rimessa alla stazione appaltante affinché operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione oggetto di affidamento, come indicato nelle linee guida n. 6 dell'Autorità, 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*».

In tali linee guida è stato anche chiarito che ai sensi della disposizione citata, l'esclusione dalla gara va disposta dalla stazione appaltante all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato. La rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, pertanto, deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata. L'attivazione del contraddittorio persegue, altresì, lo scopo di consentire all'operatore economico di provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (cd. *self cleaning*).

Come ulteriormente osservato dall'Autorità, lo scopo della norma sul grave illecito professionale è quello di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e di affidabilità. A tal riguardo costituisce «principio di carattere generale quello secondo cui è stato attribuito alla stazione appaltante il potere discrezionale di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità (Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467, ANAC delibera n. 72 del 24 gennaio 2018) e l'eventuale provvedimento di esclusione "deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara" (cfr. in tal senso TAR Campania, sez. IV, 5 gennaio 2018, n. 99; nonché Linee Guida ANAC n. 6, par. VI, ove viene sottolineato che il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento, inter alia, alla gravità del fatto illecito, alla tipologia della violazione commessa, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, con riguardo all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto)» (delibera n. 678/2019-prec 69/19/5).

Sulla base delle considerazioni svolte, pertanto, la valutazione in ordine all'accertamento dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente è un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante (delibera Anac n. 489 del 10 giugno 2020), alla quale è rimessa ogni decisione in ordine all'eventuale esclusione da una gara d'appalto dell'operatore economico che versi nelle situazioni previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) e seguenti, all'esito del suindicato procedimento in contraddittorio. Ciò in quanto, solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento (*ex multis* delibera Anac n. 231/2020 e n. 146/2022).

Conclusivamente, in relazione ai quesiti sollevati, fermi i limiti e le condizioni sopra richiamati in ordine alla possibilità di procedere ad un accordo transattivo ai sensi dell'art. 208 del Codice, si ribadisce il carattere imperativo ed indisponibile dei sistemi di affidamento dei contratti pubblici, come stabiliti dal d.lgs. 50/2016 e la necessità che detti contratti siano aggiudicati ad operatori economici in possesso di adeguati requisiti professionali e morali, inclusa l'assenza di gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5 lett. c) e segg. del Codice, tanto più se commessi – come nel caso di specie – in relazione allo stesso contratto che si intende riaffidare, quale presupposto indispensabile per garantire la corretta esecuzione e la qualità delle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza sanciti dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato

Avv. Giuseppe Busia

Originale firmato digitalmente