



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 2180 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Esse.Ci. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Caracciolo e Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della delibera n. 53 del 20.1.2021, notificata a mezzo pec il 31.1.2021, con la quale è stata comminata, in danno alla ricorrente, la sanzione pecuniaria di € 500,00 e l'annotazione nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture con la sanzione pari a giorni 15 (quindici) di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto;

di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente, e/o comunque connesso, anche di estremi e contenuti non cognitivi, con particolare riferimento alla nota di segnalazione all'ANAC del 11.9.2020 inviata dall'ERAP Marche;
per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Esse.Ci. s.r.l. il 25/2/2021:
per l'annullamento
dei medesimi provvedimenti già impugnati con il ricorso principale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe la Esse.Ci. s.r.l. ha impugnato la delibera n. 53 del 20.1.2021, con la quale l'Anac le ha comminato la sanzione pecuniaria di € 500,00, disponendo l'annotazione nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, con l'interdizione per giorni 15 (quindici) dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto.

La ricorrente ha esposto di avere partecipato alla gara per l'affidamento dei "lavori di manutenzione straordinaria da eseguire sul fabbricato T002 di Via Fuà 1/13 in Ancona", per un importo a base d'asta di € 417.700,52, indetta dalla ERAP Marche; l'Amministrazione, nel corso della verifica dei requisiti successivi alla proposta di aggiudicazione disposta in favore della ricorrente, acquisiva il casellario giudiziale del legale rappresentante, riportante una sentenza penale del 31 marzo 2015, divenuta irrevocabile il 7 maggio 2015, pronunciata dal Tribunale di Frosinone per il reato di attività di gestione rifiuti non autorizzata in concorso ex art. 110 c.p., art 256, co. 1, e co 2, lett a), del d.lgs. n. 152 del 2006, con ammenda di € 1.400,00 e con il beneficio della non menzione ex art. 175 c.p.; tale precedente, relativo ad una fattispecie di reato diversa da quelle di cui all'art. 80, commi 1 e 2 del Codice e comunque antecedente al triennio, non era stato dichiarato nel DGUE presentato in gara dall'odierna ricorrente, nonostante il Disciplinare di gara, al punto 10, precisasse che "N.B. Gli operatori

economici sono tenuti a comunicare nel DGUE e/o con idonee dichiarazioni integrative (rese ai sensi del DPR 445 del 2000) tutte le sentenze di condanna passate in giudicato, senza limiti temporali, per reati anche diversi da quelli contemplati dall'art. 80 del codice che siano state emesse in capo ai soggetti di cui all'art. 80 comma 3 al fine di consentire alla stazione appaltante di valutarne la gravità”.

A fronte di tale carenza dichiarativa e dalla ritenuta rilevanza della sentenza, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs n. 50 del 2016, l'ERAP Marche aveva revocato l'aggiudicazione ed escluso l'impresa dalla gara.

L'esclusione veniva impugnata dinanzi al TAR Marche, che, con sentenza 24.6.2020, n. 512, ne confermava la legittimità “ai sensi del combinato disposto dell'art. 80 comma 5 lett. c (citata nel provvedimento impugnato) e c bis (con riferimento alla violazione del disciplinare di gara) del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto la Stazione appaltante non è stata messa in grado di valutare l'incidenza della condanna sull'affidabilità dell'impresa”.

L'Anac, con nota del 28.9.2020, dava avvio al procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva, ai sensi dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. 50/2016, e per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016, in conseguenza della segnalazione ricevuta dall'ERAP Marche.

L'odierna ricorrente, con propria memoria, prima, ed in sede di audizione, poi, ribadiva che il precedente penale a carico del legale rappresentante, per tipologia di reato e per il tempo trascorso dal suo accertamento, non rientrava tra le vicende da dichiarare obbligatoriamente e che, in ogni caso, l'omessa dichiarazione non poteva in alcun modo essere qualificata come falsa dichiarazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016.

L'Anac, tuttavia, aveva disposto, con il provvedimento impugnato, la sanzione pecuniaria pari a € 500,00, nonché una sanzione interdittiva pari a 15 giorni, imputando alla ricorrente una colpa grave, consistente nella “scarsa diligenza nella predisposizione degli atti di gara” per aver “disatteso l'obbligo dichiarativo sopra richiamato”.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1.violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016 – illegittimità della segnalazione e della sanzione interdittiva per insussistenza assoluta dei presupposti – difetto assoluto di istruttoria e di motivazione.

L'Anac aveva sanzionato la ricorrente quale diretta ed automatica conseguenza dell'esclusione comminata dall'AREP Marche, senza però svolgere alcuna autonoma valutazione sulla configurabilità o meno di tale condotta in termini di falsa dichiarazione, presupposto indispensabile per poter radicare il potere interdittivo di cui all'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, giacché l'omessa dichiarazione di un precedente penale risalente nel tempo e non annoverabile tra quelli escludenti di cui all'art. 80, commi 1 e 2 del Codice, non poteva ritenersi rientrante nell'ambito di applicazione della disposizione.

Né poteva ritenersi che l'omessa dichiarazione di un precedente penale non immediatamente escludente, perché afferente ad un reato diverso da quelli di cui all'art. 80, commi 1 e 2, del Codice, commesso tra l'altro ben oltre il triennio antecedente la gara, potesse assurgere a "falsa dichiarazione" per il solo fatto che, nella fattispecie, il Disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti di dichiarare "tutte le sentenze di condanna passate in giudicato, senza limiti temporali, per reati anche diversi da quelli contemplati dall'art. 80 del codice che siano state emesse in capo ai soggetti di cui all'art. 80 comma 3 al fine di consentire alla stazione appaltante di valutarne la gravità". Se, difatti, tale circostanza era stata ritenuta rilevante dal TAR Marche per ravvisare la gravità dell'omissione dichiarativa e legittimare il provvedimento espulsivo, la stessa non poteva assumere il medesimo rilievo ai fini sanzionatori.

Infatti il citato art. 80, comma 12 del Codice non richiamava l'art. 80, comma 5, del Codice e, segnatamente, quella parte di esso in cui si afferma che è escluso dalla gara l'operatore economico che abbia fornito "anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" (art. 80, comma 5, lett. c-bis), né, peraltro, riconnetteva la punibilità al fatto che l'operatore economico fosse stato escluso da una gara, di tal che le condotte rilevanti per escludere un operatore economico da una gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis) del Codice, non integravano automaticamente l'elemento oggettivo degli illeciti sanzionati al successivo comma 12.

La disposizione non poteva quindi applicarsi al di fuori dei casi espressamente considerati che presupponevano il mendacio, configurabile solo a fronte di dichiarazioni obiettivamente false, ma non meramente omissive.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 213, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 – illegittimità della segnalazione e della sanzione pecuniaria per insussistenza assoluta dei presupposti – difetto assoluto di istruttoria e motivazione.

Le medesime argomentazioni sopra esposte dovevano essere ribadite con riferimento alla sanzione pecuniaria di € 500,00, comminata ai sensi dell'art. 213, comma 13 del Codice.

Anche in tal caso, l'Anac aveva disposto la sanzione pecuniaria senza effettuare alcuna istruttoria circa la riconducibilità o meno dell'omissione dichiarativa all'illecito sanzionato dalla norma.

L'art. 213, comma 13, del Codice dei contratti stabiliva infatti che l'Autorità poteva irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, mentre l'omissione dichiarativa della ricorrente non configurava di per sé l'illecito oggettivo previsto nella norma, che sanzionava la mancata ottemperanza alla esplicita richiesta “di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione” (art. 86 del Codice) e non già di autodichiarare in gara la sussistenza degli stessi.

Con atto depositato il 25 febbraio 2021 la ricorrente ha proposto avverso il medesimo provvedimento sanzionatorio le seguenti ulteriori censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 35 e 36 del regolamento per la gestione del casellario informatico del 2.11.2019 e degli artt. 18 e 21 del regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio – eccesso di potere per sviamento – difetto assoluto di istruttoria e di motivazione – insussistenza dei presupposti – sproporzionalità della sanzione – illegittimità dell'annotazione sul casellario per carenza assoluta dei presupposti.

La delibera impugnata doveva ritenersi illegittima anche nella parte in cui l'Anac aveva ravvisato, nella condotta della ricorrente, l'elemento psicologico della colpa grave, “per la scarsa diligenza nella predisposizione degli atti di gara”, senza svolgere qualunque considerazione e valutazione della fattispecie omissiva, alla luce dell'irrilevanza ai fini escludenti del precedente penale non dichiarato ovvero della non ravvisabilità di intenti elusivi, analizzando la sussistenza del dolo o della colpa grave in considerazione della rilevanza e della gravità dei fatti non dichiarati.

Illegittima era l'applicazione cumulativa della sanzione interdittiva e pecuniaria, non proporzionata rispetto alla gravità dei fatti.

Si è costituita l'Anac resistendo al ricorso.

Alla camera di consiglio del 10 marzo 2021 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare, rilevando che "l'omissione dichiarativa contestata alla ricorrente riguardava, nella specie, informazioni in ordine alle condanne pregresse che la normativa di gara richiedeva di fornire".

All'udienza pubblica del 26 gennaio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Al più approfondito esame proprio della sede di merito il ricorso deve essere accolto in quanto fondato.

La ricorrente ha contestato, in primo luogo, di non avere reso una dichiarazione falsa circa le condanne riportate dai soggetti muniti della rappresentanza legale, essendosi semplicemente limitata a non dichiarare una pregressa condanna, non rientrante, però, tra quelle richiamate dall'art. 80 del Codice dei contratti; la stessa Anac avrebbe poi qualificato la condotta come omessa dichiarazione, in contrasto con gli artt. 80, co. 12 e 213, co. 13, del d.lgs. n. 50/16.

Dall'esame degli atti risulta infatti che nel DGUE la ricorrente ha barrato la casella "No" con riferimento alla domanda avente ad oggetto le condanne richiamate dall'art. 80 del Codice dei contratti, tra le quali non rientra quella contestata, in ordine alla quale non è stata fornita dalla ricorrente alcuna informazione alla stazione appaltante.

Fondata è, quindi, la doglianza con la quale è stato contestato che l'Anac abbia sanzionato l'omessa dichiarazione in violazione dell'art. 80, comma 12, e dell'art. 213, comma 13, del d.lgs. 50/2016.

Al riguardo deve rilevarsi che, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, espresso da ultimo dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, in tema di pregressi illeciti professionali e di connessi obblighi dichiarativi valgono i seguenti principi:

- la falsità di informazioni rese al riguardo dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla

lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;

- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

- la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione.

Di conseguenza l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n.7831; 4 marzo 2020, n. 1603; nn. 1174/2020, 3331/2019; id., sez. V, nn. 70/2020, 1644/2019; 1649/2019; sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827).

La giurisprudenza ha quindi affermato che i concorrenti sono tenuti a rendere una dichiarazione onnicomprensiva, segnalando tutte le vicende afferenti la propria attività professionale, e ha concluso per l'illegittimità di tali inadempimenti dichiarativi, sulla base del principio per cui "non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza" (C.d.S., sez. V, nn. 4532/2018, 3592/2018 e 6530/2018).

Peraltro, giusta la citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020, in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore

economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso.

In tale ambito, quindi, rilevano anche le omissioni dichiarative idonee ad incidere sulle decisioni della stazione appaltante in merito alla conduzione della gara.

Tuttavia, fermo restando che omissioni dichiarative quali quelle contestate sono suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, con riferimento al potere di annotazione dell'Anac, l'art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che “Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di euro 50.000,00. Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza”.

In tale ambito, quindi, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni devono ritenersi rilevanti esclusivamente le condotte espressamente previste dalla norma, ovvero l'omissione di informazioni richieste e le false dichiarazioni.

In tal senso è stato evidenziato dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che di tale disposizione deve essere prescelta un'interpretazione restrittiva, in quanto la segnalazione comporta l'apertura di un procedimento finalizzato all'applicazione della misura interdittiva dalla partecipazione alle pubbliche gare, con effetti general-preventivi pregiudizievoli anche più di quelli prodotti da una sanzione vera e propria (Cons. Stato, sez. V, 20.1.2021, n. 630; Cons. Stato, V, 23 luglio 2018, n. 4427).

Nel medesimo senso il Consiglio di Stato ha, da ultimo, affermato, quanto alla natura giuridica dell'annotazione nel casellario, "come sia impossibile escluderne una natura sanzionatoria, a prescindere (come già ritenuto anche da Cass., SS.UU., 4 dicembre 2020, n. 27770) dalla ravvisabilità degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per l'affermazione di un *quid pluris* e cioè della natura sostanzialmente penale (cui devono correlarsi determinate garanzie) della sanzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed in particolare di quelli della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, della intrinseca natura dell'illecito e del grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (c.d. "Engel criteria", affermati per la prima volta dalla Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, e poi ribaditi dalla sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia), tematica cui è applicabile la recente giurisprudenza costituzionale evocata dall'appellante, concernente in definitiva l'estensione dello "statuto costituzionale" delle sanzioni penali a quelle amministrative a carattere punitivo (tra cui i principi di irretroattività della norma sfavorevole, e di retroattività della *lex mitior* : cfr. Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68). Occorre considerare che, seppure l'annotazione sia generalmente ricondotta nell'ambito della funzione di vigilanza e controllo dell'ANAC (argomentando anche dall'art. 213, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016), con riguardo alla falsa dichiarazione o falsa documentazione non costituisce un mero atto dovuto da parte dell'ANAC a seguito della segnalazione, imponendo altresì un giudizio di imputabilità della falsa dichiarazione (in termini di dolo o colpa grave), e producendo delle conseguenze inequivocabilmente afflittive, in particolare l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalti per un dato arco temporale, così da assumere -lo si ripete- natura sanzionatoria (in termini Cons. Stato, V, 13 dicembre 2019, n. 8480)" (Consiglio di Stato, V, 25 gennaio 2022, n. 491).

Nella fattispecie, la ricorrente ha senz'altro omesso di fornire alla stazione appaltante delle informazioni che avrebbero influenzato le decisioni della stazione appaltante in merito all'aggiudicazione della gara, ma non ha letteralmente rifiutato informazioni al riguardo richieste, né positivamente reso dichiarazioni false, con la conseguenza che, aderendo all'interpretazione restrittiva della disposizione, non avrebbe potuto essere applicata la fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 213 comma 13 del d.lgs. 50/2016.

Il ricorso ed i motivi aggiunti devono quindi essere accolti, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, non residuando interesse all'esame delle ulteriori censure.

La novità della questione controversa giustifica, comunque, la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO