

Publicato il 14/12/2018

N. 12178/2018 REG.PROV.COLL.

N. 04932/2018 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 4932 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli e Orsola Cortesini, elettivamente domicilia in Roma, viale Maresciallo Pilsudski n. 118, presso lo studio dell'avv. Giuseppe Morbidelli;

contro

Autorità nazionale anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ministero della difesa - 2° Reparto genio Aeronautica militare - non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della delibera n. 311 assunta dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nell'adunanza del 28.3.2018 (comunicata in data 10.4.2018), con cui è stata irrogata all'operatore economico -OMISSIS- la sanzione pecuniaria di Euro 1.500,00 (millecinquecento/00) nonché la sanzione dell'interdizione dalla

partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per un periodo pari a 30 giorni ed è stata disposta la conseguente annotazione nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

- della nota prot. n. 0030985 del 10.4.2018 con cui ANAC ha notificato ad - OMISSIS- la predetta delibera n. 311/2018;

- della nota prot. n. 0033330 del 16.4.2018 con cui ANAC ha comunicato ad - OMISSIS- che *“il periodo di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, pari a 30 giorni, disposto dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 311 del 28.3.2018, decorre dal giorno della pubblicazione dell'annotazione nel casellario informatico avvenuta l'11.4.2018”*;

- di tutti gli atti connessi e presupposti tra i quali: le note della stazione appaltante 2° Reparto Genio Aeronautica Militare acquisite al prot. ANAC n. 31172 del 28.2.2017 e n. 44141 del 23.3.2017, integrate con successive note (di cui non è noto il contenuto) n. 73199 del 26.5.2017 e n. 92945 del 19.7.2017; la nota ANAC prot. n. 0071071 del 22.5.2017; la comunicazione ANAC prot. n. 0093197 del 19.7.2017;

- della comunicazione ANAC prot. n. 0015554 del 19.2.2018;

- di tutti gli ulteriori atti presupposti, connessi e conseguenti alla annotazione disposta da ANAC, ancorché non conosciuti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità nazionale anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente (--OMISSIS--) ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe emesso dall'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti anche Anac o Autorità) a conclusione di un procedimento sanzionatorio per l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del d.lgs. 163/2006.

Con tale provvedimento alla ricorrente è stata irrogata la sanzione pecuniaria di 1.500 euro, disponendosi, altresì, l'interdizione per trenta giorni della stessa dalla partecipazione alle procedure di affidamento e l'iscrizione nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture, della seguente annotazione: *“La stazione appaltante 2° Reparto Genio Aeronautica Militare [...], con note acquisite al prot. Anac n. 31172 del 28.2.2017 e al n. 44141 del 23.3.2017, integrate successivamente con note acquisite al protocollo Anac rispettivamente al n. 73199 del 26 maggio 2017 e al n. 92945 del 19 luglio 2017, ha segnalato l'esclusione dalla procedura di gara Pratica di Mare Aeroporto – Comando Aeroporto. Interventi di manutenzione ordinaria per ripristino manti di copertura edifici [gara 10/2015] e dalla procedura di gara Pisa – manutenzione ordinaria APMF [gara 26/2015] nei confronti dell'operatore economico --OMISSIS--[...] per aver reso false dichiarazioni ai fini della dimostrazione del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. m- quater) del d.lgs. 163/2006”*.

La ricorrente ha impugnato inoltre alcuni atti endoprocedimentali e le note di segnalazione della stazione appaltante.

Avverso i provvedimenti gravati ha articolato i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), f) h) e m) quater e comma 1 ter d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 6, comma 11, d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 46, d.lgs. 163/2006 e dei principi di tipicità e tassatività delle cause di esclusione; Violazione e falsa

applicazione delle determinazioni Anac n. 1/2010 e n. 1/2012; Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste.

Il provvedimento avrebbe erroneamente ricondotto i fatti oggetto della sentenza del Tribunale di Velletri (peraltro riferiti alla sola gara 10/2015) alla fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lettera m) quater del d.lgs. 163/2006, mentre la sentenza non conterrebbe alcun accertamento in ordine alla ricorrenza di situazione di controllo o di collegamento con altri partecipanti alla procedura.

Tanto sarebbe in contrasto con il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione e dei connessi obblighi dichiarativi, oltre che con il principio di proporzionalità.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), f), h) e m) quater e comma 1 ter d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 6, comma 11, d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 46 d.lgs. 163/2006 e dei principi di tipicità e tassatività delle cause di esclusione; Violazione e falsa applicazione delle determinazioni Anac n. 1/2010 e n. 1/2012; Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste.

Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo nella parte in cui ravvisa una falsità della dichiarazione con riferimento ad un gara di appalto (la 26/2015) non oggetto della sentenza penale.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990; Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), f), h) e m) quater e comma 1 ter d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 6, comma 11, d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 46, d.lgs. 163/2006 e dei principi di tipicità e tassatività delle cause di esclusione; Violazione e falsa applicazione delle determinazioni Anac n. 1/2010 e n. 1/2012; Eccesso di potere

per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste.

La delibera sarebbe illegittima per non aver tenuto in alcun conto le memorie difensive prodotte dalla parte nel corso del procedimento.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 8, d.lgs. 163/2006 e art. 11 l. 689/1981; Violazione e falsa applicazione dell'art. 33 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Anac; Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), f), h) e m) quater e comma 1 ter d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 46, d.lgs. 163/2006 e dei principi di tipicità e tassatività delle cause di esclusione; Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, violazione del principio di proporzionalità.

Il provvedimento sarebbe pure illegittimo nella parte in cui, per determinare la sanzione, fa riferimento al valore di due affidamenti.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), f), h) e m) quater e comma 1 ter d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione art. 46, d.lgs. 163/2006 e dei principi di tipicità e tassatività delle cause di esclusione; Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, violazione del principio di proporzionalità.

Diversamente da quanto esposto nel provvedimento, nella gara 10/2015 non vi sarebbe stata esclusione della ricorrente ma annullamento dell'intera procedura

Con i motivi aggiunti depositati l'8 maggio 2018, la ricorrente ha impugnato i medesimi atti già gravati con il ricorso introduttivo articolando il seguente motivo di ricorso;

6) Violazione e falsa applicazione art. 7 l. 241/1990; Violazione e falsa applicazione art. 8, comma 4, d.lgs. n. 162/2006; violazione e falsa applicazione art. 213, commi 10 e 13, d.lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione articoli 28 e 48 del

Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Anac;
Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, del principio di tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria e di contestazione degli addebiti.

Il procedimento sarebbe stato iniziato oltre la scadenza dei termini perentori stabiliti dal Regolamento Anac.

L'Autorità nazionale anticorruzione, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 9 maggio 2018, il Collegio ha accolto l'istanza di sospensione cautelare e fissato l'udienza pubblica per la discussione del ricorso nel merito.

L'ordinanza di accoglimento non è stata impugnata dall'Anac.

All'odierna udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

E' utile una breve ricostruzione in fatto della vicenda che ha dato origine all'odierna controversia.

In data 28 febbraio 2017 la stazione appaltante 2° reparto Genio Aeronautica militare segnalava all'Anac l'esclusione dell'operatore economico --OMISSIS--) da una procedura di gara (n. 10/2015).

L'esclusione o meglio - come risulta dalla segnalazione citata - l'annullamento dell'intera procedura di gara era stato disposto dall'amministrazione a seguito di una sentenza di patteggiamento (la n. 1175/2016 del Tribunale ordinario di Velletri emessa nei confronti dell'allora amministratore unico della società, -OMISSIS-), la quale, in tempo successivo all'aggiudicazione, aveva accertato che la gara *de qua* era stata oggetto di turbativa d'asta.

In data 23 marzo 2017 la medesima stazione appaltante comunicava ad Anac l'annullamento in autotutela di altra aggiudicazione in favore della -OMISSIS-, avente ad oggetto la gara n. 26/2015.

Anche tale provvedimento prendeva le mosse dalla citata sentenza del Tribunale di Velletri *“per reati di turbativa d'asta nell'ambito di procedure di affidamento indette da questa Stazione appaltante”*, ma l'esclusione, in questo caso, era stata disposta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, per il quale la condanna, con sentenza passata in giudicato, per reati gravi in danno dello Stato che incidono sulla moralità professionale comporta l'esclusione dalla gara.

In data 28 marzo 2018 l'Anac emanava il provvedimento oggi impugnato, con il quale, richiamata la sentenza del Tribunale ordinario di Velletri, che avrebbe accertato, nei confronti del *“direttore tecnico”* della -OMISSIS-, *“l'esistenza di uno stabile e collaudato sodalizio criminale finalizzato ad alterare sistematicamente le procedure di aggiudicazione degli appalti presso la base dell'aeronautica militare di Ciampino”*, e richiamato il patto di integrità da questi sottoscritto per le due gare [con il quale il -OMISSIS- si era impegnato, tra l'altro, *“a conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza, a non offrire accettare o richiedere somme di danaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente tramite intermediari, al fine dell'assegnazione del contratto e/ o al fine di distorcerne la relativa corretta esecuzione; a segnalare alla stazione appaltante qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/ o durante l'esecuzione dei contratti da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in oggetto; ad assicurare di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/ o sostanziale con altri concorrente e che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara)”*], disponeva l'iscrizione nel casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dell'annotazione contenente la menzione dell'esclusione dalle due gare citate (10/2015 e 26/2015) *“per aver reso*

false dichiarazioni ai fini della dimostrazione del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. m quater del d.lgs. 163/2006".

Poiché la norma citata dispone l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei soggetti *"che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"*, appare necessario esaminare la sentenza del Tribunale di Velletri al fine di verificare se la stessa abbia accertato, come ritenuto nel provvedimento impugnato, la ricorrenza di una situazione di controllo societario non dichiarato nell'ambito delle procedure di gara a cui si riferiscono le esclusioni.

La sentenza presenta un contenuto complesso, essendo stata pronunciata nei confronti di diversi imputati e con riferimento a diversi capi di imputazione.

In particolare, accanto ad una fattispecie di associazione a delinquere, finalizzata a turbare la libertà degli incanti, mediante falsità materiale in atti pubblici, introduzione clandestina in luoghi militari e corruzione (associazione promossa da un imprenditore e della quale facevano parte, oltre al promotore, alcuni dipendenti dell'amministrazione appaltante, la compagna di uno di questi e altro imprenditore che fungeva da collettore di somme), la decisione ha accertato la ricorrenza di singoli episodi di turbativa d'asta e corruzione (tentata e consumata), per uno dei quali (riferito alla sola gara n. 10/215) è stato condannato l'allora amministratore unico della -OMISSIS-.

In sostanza l'associazione, per la partecipazione alla quale il -OMISSIS-non è stato né imputato né condannato, aveva concepito uno schema operativo (a mezzo del quale, a fronte del pagamento di somme ricomprese tra il 5% e il 10 % del valore di diversi appalti da aggiudicare, veniva alterata la documentazione relativa alle

offerte e custodite all'interno degli uffici), che veniva poi di volta in volta applicato a diverse gare e a diversi imprenditori non collegati tra loro.

L'enfaticata *“esistenza di uno stabile e collaudato sodalizio criminale finalizzato ad alterare sistematicamente le procedure di aggiudicazione degli appalti presso la base dell'aeronautica militare di Ciampino”*, che ha assunto nel provvedimento impugnato una valenza fondamentale in ordine alla ricorrenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m) quater del d.lgs. 163/2006 e delle false dichiarazioni in ordine all'inesistenza di cause di collegamento, va dunque correttamente riferita alla sola accertata ricorrenza del reato associativo (per il quale, come visto, il legale rappresentante della -OMISSIS- non è stato condannato).

La pronuncia, pertanto, non contiene alcun accertamento in ordine alla ricorrenza, all'interno della gara ritenuta oggetto di turbativa, di una situazione di collegamento non dichiarato.

Alla luce di tale ricostruzione risulta dunque fondato il primo motivo di doglianza, nella parte in cui la ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m) quater, del d.lgs. 163/2006, in considerazione del fatto, che sulla base dei dati istruttori presenti e richiamati nella parte dispositiva dell'atto, non risultano provate né la ricorrenza della causa di esclusione per oggettiva sussistenza di una situazione di controllo, né la falsa dichiarazione in ordine all'inesistenza della stessa.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, la ricostruzione dell'Autorità presenta un ulteriore profilo di criticità, laddove individua la ricorrenza di false dichiarazioni nella sottoscrizione del patto di integrità.

Gli impegni assunti in tale sede dall'operatore economico, infatti, operano su un piano squisitamente contrattuale, e non costituiscono, di conseguenza, *“dichiarazioni”* in ordine alla ricorrenza di requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alla procedure, la falsità delle quali è considerata rilevante ai sensi

dell'art. 38, comma 1, lett. h), del d.lgs. 163/2006 (per una diffusa e puntuale ricostruzione della natura dei “*patti di integrità*”, i quali “*costituiscono condizioni generali di contratto predisposte dalla stazione appaltante e accettate dall'impresa concorrente [...] la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi [...] finalizzate ad ampliare gli impegni cui si obbliga il concorrente*, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722).

Ne risulta l'ulteriore fondatezza della censura di violazione dell'art. 38, comma 1, lett. h), del d.lgs. 163/2006, sempre articolata con il primo motivo di ricorso.

Risulta del pari fondato il motivo di doglianza articolato con i motivi aggiunti, con il quale la ricorrente ha rappresentato la tardività del provvedimento, iniziato in tempo successivo alla scadenza dei termini perentori stabiliti dal Regolamento Anac.

Dall'esame della produzione documentale versata in atti, infatti, emerge come le note della stazione appaltante del 28 febbraio e del 27 marzo 2017 e la produzione documentale alle stesse allegata contenevano tutti gli elementi di fatto sulla base dei quali avviare il procedimento, così che al 19 luglio 2017, data di comunicazione dell'avvio del procedimento, il termine di decadenza di 90 giorni per l'esercizio del potere sanzionatorio, previsto dal comma 6 dell'art. 28 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Anac e qualificato come perentorio dal comma 2 del successivo art. 48, era sicuramente decorso.

Il ricorso va pertanto accolto, con assorbimento di ogni altra censura, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Autorità nazionale anticorruzione al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della ricorrente nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente e gli altri soggetti menzionati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO