

APPALTI: Gara – Partecipazione – Esclusione – Dichiarazioni sostitutive – Rinvio a giudizio di legale rappresentante di impresa subappaltatrice – Mancata dichiarazione – Motivo di esclusione – Sussiste.

Tar Lazio - Roma, Sez. I, 16 giugno 2021, n. 7182

- in Riv. Trim. appalti, 4, 2021, pag. 1423 e ss., con commento di Giacomo, Biasutti, *Il principio di non contraddittorietà nella valutazione dei gravi illeciti professionali.*

E' legittimo il provvedimento con il quale il responsabile unico del procedimento (RUP), esercitando il potere riconosciuto dall'articolo 81, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, circa la valutazione di convenienza dell'offerta decide, a seguito dell'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria e di altre imprese che la seguono in graduatoria, di non assegnare l'appalto all'unica impresa rimasta in gara avendo giudicato non conveniente l'offerta dalla stessa presentata.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe -OMISSIS-. ha impugnato la delibera n. 729 adottata dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione il 31 luglio 2018 e la conseguente annotazione nel Casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Ha esposto i fatti come segue.

-OMISSIS- ha bandito, con determinazione a contrarre n. 35 del 30 maggio 2017, una gara per l'affidamento dei lavori per la costruzione del polo scolastico "Romolo Capranica" di Amatrice.

Alla gara ha partecipato il -OMISSIS- che ha indicato, ai sensi dell'art. 105, comma 6, Codice dei contratti pubblici, la terna di subappaltatori, nella quale era inclusa la -OMISSIS-. La stessa -OMISSIS- ha dunque prodotto il documento di gara unico europeo (DGUE), contenente le dichiarazioni sostitutive necessarie ai fini dell'ammissione alla gara del Raggruppamento: tra queste, quella del proprio rappresentante legale, dott. -OMISSIS- (già amministratore di -OMISSIS-S.r.l., mandante), «di accettare che la Stazione Appaltante si potrà avvalere della clausola risolutiva espressa, di cui all'articolo 1456 c.c., ogni qualvolta nei confronti dell'imprenditore o dei componenti la compagine sociale, o dei dirigenti dell'impresa, sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluno dei delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis c.p.».

Tale dichiarazione risultava già precompilata dalla Stazione appaltante e dunque veniva resa mediante l'apposizione di un sì posto a fianco della stessa; la fonte di tale clausola è il Protocollo

Quadro di Legalità sottoscritto il 26 luglio 2017 dalla Struttura di Missione ex art. 30 L. 229/2016, dal Commissario Straordinario del Governo e da -OMISSIS-.

Quest'ultima, in qualità di centrale unica di committenza, con la sottoscrizione del suddetto Protocollo si impegnava, tra l'altro, ad inserire l'accettazione della clausola in questione all'interno delle dichiarazioni sostitutive legate al disciplinare di gara, con la finalità di versare la stessa all'interno dei contratti di affidamento con i propri aventi causa. La clausola veniva dunque richiamata nella lettera di invito a partecipare alla gara in esame oltre che inserita nel modello di DGUE.

In corso di gara -OMISSIS- richiedeva il certificato dei carichi pendenti del dott. -OMISSIS- venendo così a conoscenza dell'esistenza in capo a questi di un rinvio a giudizio dinanzi al Tribunale ordinario di Roma per le ipotesi di reato di cui agli artt. 319, 321 e 326 c.p.; a seguire il RUP della gara, con lettera del 26 luglio 2017, invitava il Raggruppamento, che aveva indicato -OMISSIS- all'interno della terna dei subappaltatori, a fornire chiarimenti, affermando che il dott. -OMISSIS-, non avendo comunicato tale circostanza, avrebbe ommesso di fornire informazioni rilevanti ai fini del corretto svolgimento della procedura, in violazione dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici e che tale omissione deriverebbe proprio dagli obblighi assunti con la dichiarazione di accettazione della clausola risolutiva di cui al Protocollo di Legalità.

Il Presidente del Consorzio -OMISSIS- resisteva ai suddetti addebiti anche allegando la lettera di riscontro di -OMISSIS- in cui si contestava la sussistenza di qualsivoglia omissione dichiarativa rilevante ai sensi del Codice dei contratti pubblici e della *lex specialis* di gara; ciononostante la stazione appaltante, senza adottare alcun provvedimento di esclusione del Raggruppamento, chiedeva alla capogruppo -OMISSIS- Sooc. Coop. la disponibilità ad eseguire i lavori avvalendosi solo della mandante Euro Impianti S.r.l..

Acquisita tale disponibilità -OMISSIS- procedeva ad affidare al Raggruppamento i lavori in questione, tuttavia, con nota n. 21331 del 30 ottobre 2017, segnalava ad ANAC la presunta omissione dichiarativa di -OMISSIS- di una circostanza essenziale alla luce dell'art. 5.2 del Protocollo Quadro di Legalità.

L'ANAC avviava il procedimento, cui la parte ricorrente partecipava, e lo concludeva con il provvedimento impugnato con cui irrogava una sanzione pecuniaria di € 4.000,00 a -OMISSIS- e altra impresa che aveva dato luogo alla medesima fattispecie, con conseguente annotazione nel casellario informatico presso detta Autorità.

Quest'ultima fondava la sua conclusione richiamando, in sintesi, l'art. 80, comma 5, del Codice e l'irrilevanza dell'esclusione dalla gara e dell'intervenuta rinuncia al subappalto, configurando

“colpa grave” nell’operato del soggetto dichiarante e lesione del rapporto di fiducia necessario tra le parti in una pubblica gara.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi.

I) Illegittimità del provvedimento di ANAC per violazione di legge derivante dall’erronea qualificazione della fattispecie concreta e dalla conseguente erronea riconduzione della stessa nell’ambito della fattispecie astratta derivante dal combinato disposto di cui all’art. art. 80, comma 5, lettera c), e comma 12, del Codice dei contratti pubblici.

La ricorrente contesta, in primo luogo, l’apoditticità della conclusione dell’ANAC, secondo la quale “Nel caso di specie si ritiene, come dianzi precisato, che l’assunzione degli obblighi connessi al Protocollo Quadro di Legalità fosse contestuale alla sottoscrizione del modello DGUE”.

Sostiene che l’ANAC non avrebbe considerato che nessuna tra le norme di cui al Codice dei contratti pubblici (o altra) stabilisce l’obbligo per l’operatore economico che partecipi ad una gara di comunicare alla stazione appaltante i carichi pendenti in capo ai soggetti indicati nell’art. 80, comma 3, del Codice stesso, fermo restando che, ai sensi dell’art. 80, comma 1, del predetto Codice, costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto, la sola condanna - con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.c. - per uno dei reati elencati nelle successive lettere da a) a g).

Neppure sussisterebbero ragioni per escludere il concorrente, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. cit., anche secondo quanto sviluppato nelle “Linee guida n. 6 dell’Autorità”, di attuazione del D.Lgs. 50/16, 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”.

L’ANAC, quindi, illegittimamente avrebbe preteso di ravvisare un’omissione, ritenuta rilevante ai sensi del combinato disposto dell’art. 80, comma 5, lettera c), e comma 12, del Codice dei contratti pubblici, in un caso in cui tale omissione non vi sarebbe stata, mancando l’obbligo dichiarativo alla base.

In ogni caso il citato “Protocollo di Legalità” non richiederebbe all’operatore economico di dichiarare, in sede di partecipazione alla gara, i carichi pendenti per i reati indicati nella clausola contenuta all’art. 5.1, lettera b), ivi introdotta, limitandosi a impegnare la stazione appaltante solo a inserire nella documentazione di gara la dichiarazione dell’operatore economico di accettazione della clausola in questione nell’ambito del contratto d’appalto *in fieri*.

Il fatto che il Protocollo in questione non prevedesse la dichiarazione dei carichi pendenti in sede di partecipazione alla gara sarebbe stato coerente con il dato che la clausola risolutiva non stabiliva alcun automatismo quanto al suo utilizzo da parte della stazione appaltante stessa, che, infatti, non era obbligata ad avvalersene, posto che la disposizione applicabile stabiliva che essa "...si potrà avvalere della clausola risolutiva espressa, di cui all'articolo 1456 c.c., ogni qualvolta nei confronti dell'imprenditore o dei componenti la compagine sociale, o dei dirigenti dell'impresa, sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluno dei delitti di cui agli articoli...".

In sostanza, secondo la ricorrente, la partecipazione alla gara da parte dell'operatore economico non avrebbe intercettato in alcun modo l'applicazione della clausola, ben potendo lo stesso aggiudicarsi la gara e soltanto in seguito essere colpito dal rifiuto della stazione appaltante di stipulare il contratto previa valutazione discrezionale delle circostanze impeditive previste.

Inoltre sarebbe erroneo anche il riferimento all'art. 80, comma 5, del Codice in quanto l'omissione delle informazioni sui carichi pendenti non avrebbe potuto avere, né avrebbe avuto, alcuna influenza sulle decisioni della stazione appaltante riguardanti la selezione o l'aggiudicazione o lo stesso regolare e corretto svolgimento della gara.

II) Illegittimità del provvedimento di ANAC per eccesso di potere derivante dall'assenza dei presupposti per l'apertura del procedimento sanzionatorio.

Mancherebbe il presupposto necessario per la segnalazione ad ANAC da parte della stazione appaltante, ossia l'esclusione dalla gara per grave illecito professionale, che infatti -OMISSIS- non ha mai disposto.

III) Illegittimità del provvedimento di ANAC per violazione di legge ed eccesso di potere derivante dalla carenza di motivazione.

Per le ragioni sopra esposte, il provvedimento impugnato sarebbe carente di motivazione in ordine alla ritenuta omissione di dichiarare i carichi pendenti, quale grave illecito professionale.

IV) Illegittimità del provvedimento impugnato per violazione di legge derivante dall'erronea applicazione dell'art. 80, comma 12, Codice dei contratti pubblici.

La norma in rubrica, in quanto afflittiva, è di stretta interpretazione, circoscrive la sua portata alle sole false dichiarazioni ma non anche alla mera omissione di dichiarazione o documentazione, per cui sarebbe erroneo anche il richiamo a tale disposizione legislativa.

V) Illegittimità del provvedimento di ANAC per violazione di legge derivante dalla qualificazione in termini di gravità e rilevanza del comportamento tenuto da -OMISSIS-.

In ordine al rilevato elemento soggettivo della “colpa grave”, la ricorrente osservava che la documentazione di gara, ivi compreso il DGUE, non prevedeva una dichiarazione sui carichi pendenti, limitandosi a richiedere l'accettazione della clausola risolutiva da rendere attraverso l'apposizione di un segno al “sì” posto a fianco della clausola prestampata e dinanzi a tali circostanze fattuali non poteva ascriversi al legale rappresentante di -OMISSIS- la grave negligenza contestata.

Inoltre, nessuna lesione alla leale concorrenza nel mercato degli affidamenti pubblici potrebbe prospettarsi in assenza di provvedimento di esclusione del raggruppamento, di cui -OMISSIS- era indicata quale possibile subappaltatore; raggruppamento che, peraltro, senza -OMISSIS- e rinunciando al subappalto di -OMISSIS-, si era aggiudicato la gara.

VI) Illegittimità e/o nullità del provvedimento impugnato per decadenza di ANAC dal proprio potere sanzionatorio, derivante dalla violazione del termine perentorio di conclusione del procedimento.

Il procedimento, avviato il 25 gennaio 2018, si sarebbe dovuto concludere in 180 giorni e non in 193, come invece avvenuto, in violazione di tale termine da qualificarsi come perentorio, senza che fosse disposta alcuna sospensione dello stesso.

L'ANAC si è costituita in giudizio con memoria del 3 maggio 2021 con cui, nel diffondersi ad illustrare le ragioni della asserita correttezza dell'operato di ANAC, ha chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza.

La ricorrente ha replicato con memoria del 24 maggio 2021 con cui, nel ribadire le proprie tesi difensive, ha evidenziato che la vicenda in questione è stata già esaminata dalla sentenza n. 10837 dell'11 settembre 2019 con cui la Sez. I del T.A.R. Lazio ha accolto il ricorso di -OMISSIS- S.r.l. (l'altra impresa sanzionata per la stessa presunta omissione), annullando l'atto impugnato.

All'udienza del 9 giugno 2021, sentiti i difensori presenti in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Come ricordato dalla parte ricorrente, la Sezione ha già avuto modo di affermare l'illegittimità dell'atto impugnato con la sentenza n. 10837 dell'11 settembre 2019 ai cui contenuti, pienamente condivisi dal Collegio, non può che farsi rinvio.

Nella richiamata pronuncia la Sezione, in particolare, osservava che nella delibera impugnata, nella parte narrativa del procedimento istruttorio, era indicato che in sede di audizione i rappresentanti di -OMISSIS- avevano confermato che non vi era stata nessuna falsa dichiarazione da parte degli operatori economici ma solo una “carezza informativa” e che “...non esiste un provvedimento amministrativo diretto a censurare l'omissione dichiarativa contestata”.

Inoltre, era risultato anche che i rappresentanti degli operatori economici coinvolti avevano chiarito – circostanza questa non contestata in fatto dall’Autorità – che la stazione appaltante si era limitata a chiedere alla capogruppo mandataria -OMISSIS- l’eventuale disponibilità ad eseguire l’appalto senza la partecipazione di -OMISSIS- e che, alla disponibilità dimostrata in tal senso, non era seguita alcuna esclusione.

Sulla base di tali presupposti, pertanto, la Sezione rilevava già una palese contraddizione nella motivazione della delibera impugnata, secondo quanto lamentato in sostanza nel primo e terzo motivo di ricorso, in quanto da nessun atto del procedimento risultava che la contestata omissione (definita peraltro da -OMISSIS- mera “carezza informativa”), secondo il Protocollo Quadro di Legalità, per l’Agenzia costituisse causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016. Tale ultima norma stabilisce che: “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico *in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:...* c) *la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”.

Quindi deve essere la stazione appaltante a dimostrare “con mezzi adeguati” la colpevolezza dell’o.e. per aver dato luogo a gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità/affidabilità.

Nel caso di specie ciò non risulta in alcun modo, anzi è la stessa -OMISSIS- a definire l’omissione in questione una mera carezza informativa e a non escludere dalla gara il Raggruppamento che si sarebbe avvalso del subappalto di -OMISSIS- o di -OMISSIS-.

La Sezione ha anche osservato come non rilevi la circostanza secondo cui l’Autorità, con nota dell’agosto 2017, aveva ritenuto di prospettare a -OMISSIS- che la fattispecie fosse configurabile come grave illecito professionale, in quanto la norma suddetta lascia alla sola stazione appaltante la valutazione discrezionale - da fondarsi nel caso concreto su “mezzi adeguati” - di inaffidabilità, nella presente fattispecie non operata.

Parimenti è stata ritenuta non condivisibile la motivazione di cui all’impugnata delibera, laddove risulta richiamata la lett. c bis) del suddetto comma 5, secondo cui: “*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che...abbia omissis le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”.

Nel caso di specie, infatti, la contestata omissione non ha influito sulla “procedura di selezione”, sia perché – come visto – la stazione appaltante non ha disposto alcuna esclusione, limitandosi a chiedere la disponibilità della capogruppo a eseguire i lavori senza -OMISSIS- e senza il subappalto

di -OMISSIS-, sia perché la stessa clausola di cui al Protocollo Quadro, come sopra riportata in narrativa, si limitava a prevedere una mera facoltà della stazione appaltante che "...si potrà avvalere della clausola risolutiva espressa, di cui all'articolo 1456 c.c., ogni qualvolta nei confronti dell'imprenditore o dei componenti la compagine sociale, o dei dirigenti dell'impresa, sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluno dei delitti di cui agli articoli...".

Il richiamo esplicito alla clausola risolutiva espressa non può che riguardare la fase esecutiva del rapporto contrattuale e non quelle, precedenti e distinte, di selezione e aggiudicazione.

Né può ritenersi irrilevante la mancata disposizione di un provvedimento di esclusione, sull'assunto, sostenuto dall'ANAC nell'impugnato provvedimento, che lo stesso potesse essere adottato "eventualmente in un momento successivo", dato che la presenza di "carichi pendenti" nei confronti di un rappresentante dell'impresa poteva dare luogo solo a risoluzione contrattuale, ovviamente in corso di rapporto esecutivo, ma non prevedeva alcuna causa di esclusione; né avrebbe potuto farlo se non in violazione di legge – come ritenuto dalla richiamata pronuncia – dato che la norma di cui all'art. 80, comma 1, del Codice fa riferimento alla sola "condanna" e non a mero "rinvio a giudizio".

Così pure non dirimente appare la circostanza, sempre richiamata nel provvedimento impugnato, per la quale un'eventuale esclusione non era più necessaria una volta che -OMISSIS- aveva rinunciato al subappalto, confermando tale circostanza invece – per quanto sopra precisato – che l'omissione di -OMISSIS- non aveva in alcun modo influito ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, ai sensi del richiamato comma 5, lett. c bis).

Nella fattispecie non può trovare applicazione neanche l'art. 80, comma 12, pure invocato dall'ANAC, secondo il quale *"In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni..."*.

Invero, come già ricordato, la stazione appaltante non ha qualificato il comportamento dell'operatore economico come falsa dichiarazione ma solo come carenza informativa né sussiste normativa – come rilevato dalla ricorrente – che obbliga il concorrente, ai fini della partecipazione a una gara, a dichiarare la sussistenza di "carichi pendenti": da ciò discende la non invocabilità

neanche della norma generale relativa ai poteri sanzionatori ANAC, di cui all'art. 213, comma 13, del Codice.

Conclusivamente, in coerenza con quanto già statuito con la richiamata sentenza n. 10837/2019, oramai definitiva, assorbiti gli ulteriori motivi il ricorso deve essere accolto, stante l'assenza dei presupposti di legge per disporre la sanzione come irrogata e, per l'effetto, l'atto impugnato deve essere annullato anche nei confronti della ricorrente -OMISSIS-..

3. Le spese del giudizio, essendo nota la decisione richiamata, non possono che seguire la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'ANAC alle spese del giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila) oltre oneri di legge.

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 dell'articolo 9, paragrafo 1, 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 dei soggetti nominati in sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.