

T.A.R. Lazio, Sez. I - Sentenza 10/04/2019, n. 4729

Pres. C. Volpe; Est. L. Marzano. TMP S. r.l. (Avv. D. Marrama), contro ANAC (Avv. Gen. Stato).

Sulla omessa dichiarazione, da parte dell'impresa concorrente, di fatti e circostanze rilevanti per la dimostrazione del possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016

^^^

1. Appalti – Gravi illeciti professionali – Art. 80, c. 5, lett. c), d. lgs. n. 50/2016 – Omessa dichiarazione – Esclusione

1. Qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili. Questi ultimi, quindi, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione.

Publicato il 10/04/2019

N. 04729/2019 REG.PROV.COLL.

N. 03351/2019 REG.RIC.



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3351 del 2019, proposto da
TMP S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avv. Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC dei
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberto
Gerosa in Roma, via Virgilio 18;

contro

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

per l'annullamento

del provvedimento prot. 21551 del 6 marzo 2019, notificato in data 15 marzo 2019, con cui a TMP S.r.l. è stata inflitta la sanzione pecuniaria di € 2.000,00 ed è stata disposta a suo carico l'annotazione nel Casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici con conseguente inibitoria alla partecipazione alle pubbliche gare per giorni 45;
della comunicazione di avvio del procedimento del 18 luglio 2018;
della comunicazione di audizione del 19 luglio 2018;
della comunicazione delle risultanze istruttorie del 22 febbraio 2019;
del Regolamento dei procedimenti sanzionatori ANAC, nella parte (art. 29) in cui prevede la sospensione del termine di conclusione del procedimento per tutto il tempo compreso tra l'individuazione della data di audizione personale delle parti e l'audizione stessa;
di ogni altro atto premesso, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ANAC;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019, i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con il ricorso in epigrafe la società TMP S.r.l. ha impugnato il provvedimento sanzionatorio prot. 21551 del 6 marzo 2019, notificato in data 15 marzo 2019, con cui l'ANAC ha inflitto a TMP S.r.l. la sanzione pecuniaria di € 2.000,00 ed ha disposto a suo carico l'annotazione nel Casellario informatico degli operatori economici dei contratti pubblici con conseguente inibitoria alla partecipazione alle pubbliche gare per giorni 45, a causa di accertata colpa grave nell'autodichiarazione sul possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016.

Questi i fatti di causa.

Il giorno 19 aprile 2018 la CUC Area Nolana - Comune di Marigliano ha indirizzato all'Autorità Nazionale Anticorruzione una nota con la quale è stata segnalata l'esclusione di TMP S.r.l., ausiliario di Emmesse S.r.l., dalla procedura per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento - CUC dell'Area Nolana - Comune di Marigliano (NA) CIG72434392F5, per aver omesso di dichiarare fatti e circostanze rilevanti ai fini della dimostrazione del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 50/2016.

Più precisamente, la stazione appaltante ha comunicato di aver escluso TMP S.r.l. avendo rilevato che il legale rappresentante, sig. Lucio Evangelista, nella dichiarazione dell'impresa ausiliaria di messa a disposizione del requisito, resa in data 13 dicembre 2017, non aveva indicato tutte e tre le fattispecie astrattamente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, ed in particolare: 1) una risoluzione contrattuale patita dal Comune di Massa Lubrense; 2) criticità in ordine ad una procedura di gara gestita dal Comune di

Treviso, esitata in una dichiarazione di inefficacia del provvedimento di aggiudicazione; 3) una risoluzione contrattuale intervenuta con il Comune di San Giorgio a Cremano.

TMP S.r.l. ha osservato nel corso del procedimento che: 1) la risoluzione contrattuale comminata dal Comune di Massa risaliva a più di tre anni precedenti l'indizione della procedura e, pertanto, non doveva essere dichiarata in sede di DGUE; 2) quanto avvenuto a San Giorgio a Cremano era stato dichiarato; 3) i fatti di Treviso (riferiti al 2016 e oggetto di sentenza non impugnata del T.A.R. Veneto n. 78 del 26 gennaio 2017) riguardavano una vicenda non rilevante, in quanto antecedente la stipulazione del contratto, essendo riferiti ad un'esclusione per mancata prova del possesso di un requisito tecnico.

La posizione dell'ausiliata Emmesse S.r.l. è stata archiviata poiché essa ha prontamente sostituito l'impresa ausiliaria dopo l'esclusione e all'esito è risultata aggiudicataria; viceversa TMP S.r.l., con il provvedimento impugnato, è stata sanzionata, avendo l'ANAC ravvisato la colpa grave in capo all'operatore economico nel rendere la dichiarazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016.

La ricorrente ha censurato gli atti impugnati per i seguenti motivi.

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 24 e dell'art. 97 cost.; eccesso di potere: violazione del principio di tempestività nell'azione sanzionatoria; violazione del principio di giusto procedimento; violazione del principio di proporzionalità; violazione del principio di legittimo affidamento; sviamento.

La ricorrente si duole dell'eccessiva durata del procedimento che si sarebbe concluso nei termini regolamentari di 180 giorni solo grazie alla lunga sospensione di 75 giorni, tra la data della richiesta e quella dell'audizione, autoassegnata dall'ANAC e di cui la stessa ha beneficiato.

2) Violazione e/o falsa applicazione direttiva 2014/24 UE; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 213 D.Lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 D.Lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione delle Linee guida n. 6 ANAC; eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria; violazione del principio di proporzionalità; violazione del principio di affidamento; violazione del principio di ragionevolezza.

Nell'osservare che la sanzione è stata irrogata sulla base di due dei tre episodi segnalati dalla CUC Area Nolana, non essendo più richiamata la vicenda di San Giorgio a Cremano (in effetti dichiarata), la ricorrente, quanto alle altre due vicende, ripropone le censure di fatto e di diritto già sollevate in sede procedimentale.

Con decreto n.1802 del 21 marzo 2019 l'efficacia degli atti impugnati è stata sospesa fino alla camera di consiglio fissata per la trattazione collegiale.

L'ANAC si è costituita in giudizio, con memoria del 27 marzo 2019, per resistere al gravame.

La ricorrente ha replicato con memoria del 28 marzo successivo e alla camera di consiglio del 3 aprile 2019, sentiti i difensori presenti e dato loro avviso della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente deduce sviamento di potere da parte dell'ANAC ravvisabile, a suo dire, nel lungo intervallo di tempo frapposto fra la richiesta e la data di audizione; in altri termini la doglianza di parte ricorrente si appunta sulla condotta dell'ANAC che, nel caso di specie, avrebbe abusato della norma regolamentare che prevede la sospensione per allungare in modo significativo i termini del procedimento.

In conseguenza di ciò la ricorrente chiede l'annullamento del Regolamento sanzionatorio ANAC, nella parte in cui prevede, all'art. 29, la sospensione dei termini del procedimento in attesa dello svolgimento dell'audizione. Richiama, a sostegno della sua tesi, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695.

2.1.1. Il motivo è infondato.

Non è pertinente il precedente giurisprudenziale richiamato, poiché lo stesso si riferiva ad una fattispecie concreta avente ad oggetto “il mancato rispetto, al netto dei previsti periodi di sospensione, del termine di 180 giorni previsto dall'art. 29 del regolamento unico dell'Autorità 26 febbraio 2014 per la conclusione del procedimento”.

Viceversa, nel caso di specie, è la stessa parte ricorrente a riconoscere che “L'unico modo, mediante il quale ANAC ha potuto concludere il procedimento nel rispetto dei tempi regolamentari di 180 giorni, è stata la fruizione di una lunga sospensione di 75 giorni, auto assegnata con generosità” (così a pag. 5 del ricorso).

Il regolamento di che trattasi è il “Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all’art. 8, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”, adottato con delibera del 26 febbraio 2014, che, ai sensi dell’art. 49, con la sua entrata in vigore, a seguito della pubblicazione nella G.U. – Serie Generale, 8 aprile 2014, n. 82, ha abrogato tutti i regolamenti anteriori.

L’art. 29 del suddetto Regolamento stabilisce che nella comunicazione di avvio, che segna l’inizio del procedimento sanzionatorio, sia indicato, tra l’altro, “il termine, non superiore a 180 giorni, per la conclusione del procedimento, decorrente dalla ricezione della comunicazione di avvio, fermi restando i casi di sospensione disciplinati nel presente regolamento”; l’ultimo comma stabilisce, a sua volta, che “il termine per la conclusione del procedimento è sospeso in tutti i casi in cui il Regolamento prevede l’assegnazione di un termine alle parti o a terzi per le produzioni istruttorie sino alla scadenza del termine stesso e per il periodo necessario allo svolgimento dell’audizione ai sensi del successivo art. 30”; quest’ultimo è, appunto, relativo all’audizione delle parti in fase istruttoria.

2.1.2. Osserva il Collegio che la censura di parte ricorrente, così come formulata, non coglie nel segno.

Invero, la riportata disposizione regolamentare, che prevede la sospensione del termine per la conclusione del procedimento per il periodo necessario allo svolgimento dell’audizione della parte, non è di per sé né illogica né irragionevole, essendo la *ratio* della norma quella di apprestare alla parte la garanzia che l’istruttoria sia compiuta con i dovuti approfondimenti e non resti vulnerata dai tempi morti necessari per percorrere tutti gli *step* necessari, ivi

compreso quello dell'audizione della parte. La disposizione impugnata, dunque, è immune da vizi.

D'altra parte, il fatto che l'ANAC abbia interposto 75 giorni tra la domanda di parte e la data per l'audizione, in disparte la circostanza di fatto che il suddetto arco temporale includeva il tipico periodo feriale dell'anno, non risulta aver arrecato alcun *vulnus* sostanziale alla ricorrente, né quest'ultima ne ha allegato o provato alcun profilo in concreto.

Ne discende che il motivo, al di là del mero auspicio che l'ANAC contragga il più possibile i periodi di sospensione di cui alla citata disposizione regolamentare, non può essere accolto.

2.2. Con il secondo motivo la ricorrente sostiene, in sintesi, che ANAC avrebbe irrogato la sanzione sulla base di presupposti errati.

Quanto alla vicenda di Massa, non essendo contestato che la stessa, risalente ad aprile 2014, si sia svolta oltre tre anni prima della gara indetta dalla CUC Area Nolana - Comune di Marigliano, la ricorrente sostiene che non sarebbe dovuta essere oggetto di dichiarazione: invoca in proposito il quadro normativo (direttiva 24/14/UE in materia di contratti pubblici e l'art. 80, comma 10, D.Lgs. 50/2016, nonché paragrafo 5 delle linee guida 6 ANAC) a tenore del quale i gravi illeciti professionali hanno una portata escludente massima di 3 anni.

Sostiene che, in assenza di obbligo dichiarativo, non vi sarebbe base per una sanzione collegata ad una falsa dichiarazione e chiede di valutare la possibilità di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'UE la legittimità dell'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), nel testo vigente *ratione temporis*, del D.Lgs. 50/16,

ove interpretato come fonte di un generico obbligo dichiarativo, anche rispetto ad episodi collocati al di fuori del triennio di rilevanza.

Inoltre afferma che, per individuare le fattispecie potenzialmente rilevanti ai fini della dichiarazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016, dovrebbero prendersi in considerazione solo i casi in cui vi sia stata annotazione delle stesse sul casellario ANAC; nel caso di specie, non essendovi stata annotazione per la vicenda di Massa, la dichiarazione non sarebbe stata necessaria.

Quanto alla vicenda di Treviso la ricorrente ricorda che l'esclusione è stata pronunciata per mancata prova di un requisito specifico, *rectius* di non conformità di un apparato tecnologico alle richieste della P.A., quindi non corrisponderebbe al vero che TMP sia stata esclusa per una falsa dichiarazione.

Inoltre, il provvedimento contestato introdurrebbe un elemento mai sottoposto al confronto procedimentale: per ANAC i fatti trevigiani rileverebbero in quanto fonte di un procedimento sanzionatorio e non per la loro consistenza.

In ogni caso la ricorrente osserva che non sarebbero ravvisabili né dolo né colpa, anche tenuto conto della scarsa chiarezza del tessuto normativo, tanto che l'art. 80 D.Lgs. 50/2016 ha subito una recente modifica legislativa che ha reso meno incerto il perimetro degli oneri dichiarativi in capo ai partecipanti alle gare pubbliche proprio in relazione ai gravi illeciti professionali.

2.2.1. I profili di censura possono essere scrutinati congiuntamente poiché riguardano entrambe le fattispecie non dichiarate.

In ordine alla prima omissione deve osservarsi che l'art. 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016 non contiene alcuna espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, il che è coerente con il potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante. Una limitazione triennale è, invero, richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 25 gennaio 2019 n. 122).

In sostanza le previsioni di durata massima del periodo di interdizione dalle gare si riferisce alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente e in presenza delle quali la stazione appaltante è priva di poteri di valutazione (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 1695).

La riferibilità del periodo massimo triennale ai soli casi di effetti interdittivi automatici e non agli obblighi dichiarativi, esclude, infine, la necessità, prospettata dalla ricorrente, di rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale relativa alla legittimità comunitaria delle disposizioni nazionali.

Quindi la vicenda intercorsa con il Comune di Massa avrebbe dovuto costituire oggetto di dichiarazione.

2.2.2. Ciò posto, il Collegio rileva che l'esclusione della concorrente dalla gara e, quindi, la conseguente sanzione ANAC, trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c), del D.Lgs. n. 50 del

2016, delle vicende relative alle indicate precedenti procedure di gara, bensì nella mancata indicazione di tali circostanze, da parte del legale rappresentante di TMP, nell'autodichiarazione sul possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016, che ha reso impossibile alla stazione appaltante valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente.

E' stato affermato, da giurisprudenza che il Collegio condivide, che qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787; id. Sez. V, 13 giugno 2018, n. 3628; id. 25 febbraio 2016, n. 761). In questi termini, sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti; pertanto costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649; id. 24 settembre 2018, n. 5500).

2.2.3. Le Linee guida n. 6 ANAC (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al D.Lgs. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017), al punto 4.2, per quanto di interesse, recitano testualmente: "La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel

casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione".

Risulta, dunque, smentita la tesi di parte ricorrente secondo cui, al fine di individuare le fattispecie potenzialmente rilevanti ai fini della dichiarazione, dovrebbe aversi riguardo all'annotazione delle stesse sul casellario ANAC, con la conseguenza che, in mancanza di annotazione, come nel caso della vicenda di Massa, la dichiarazione non sarebbe necessaria.

2.2.4. Quanto alla vicenda del Comune di Treviso, deve rilevarsi che la stessa era già stata segnalata all'Autorità, che aveva aperto un procedimento, come ammette la stessa ricorrente a pag. 9 del ricorso laddove afferma "l'azienda non conosceva gli esiti del procedimento sanzionatorio nel momento in cui ha inoltrato l'istanza di partecipazione alla gara di Marigliano, ma solo la pendenza dello stesso".

Quindi non era necessaria una ulteriore valutazione sulla rilevanza del fatto da parte dell'ANAC, essendo la stessa *in re ipsa* nella pendenza del procedimento.

Inoltre l'esclusione da parte del Comune di Treviso era stata oggetto di sentenza del T.A.R. Veneto n. 78 del 26 gennaio 2017, non impugnata, con cui era stato respinto il ricorso di TMP S.r.l..

Ne discende che, oltre che in ossequio alla citata previsione delle Linee guida, tale vicenda avrebbe dovuto costituire oggetto di menzione nella autodichiarazione concernente il possesso dei requisiti, anche per evidenti ragioni di cautela, ravvisabili viepiù nella circostanza che, a fronte della affermata convinzione della scarsa chiarezza del quadro normativo, sarebbe

stato più prudente rendere una dichiarazione ultronea piuttosto che esporsi al rischio di una sanzione per omessa dichiarazione.

Dunque correttamente l'ANAC ha ravvisato l'elemento psicologico della colpa grave in capo all'operatore economico nel rendere la dichiarazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016 atteso che, stanti la consapevolezza dei precedenti e l'asserito dubbio sulla necessità di dichiararli, il legale rappresentante della ricorrente avrebbe dovuto porre particolare attenzione e diligenza nel rendere la suddetta dichiarazione.

2.2.5. Non sussiste neanche il dedotto difetto di proporzionalità nella sanzione, come quantificata, atteso che l'ANAC, dopo aver richiamato i parametri normativi di riferimento, specifica che, proprio in ragione del ruolo marginale che avrebbe avuto TMP nella commessa, in qualità di mera ausiliaria, ha irrogato una sanzione di € 2.000,00 a fronte del considerevole importo dell'appalto, pari a € 584.256, 15. Egualmente è a dirsi, non sussistendo alcun difetto di proporzionalità, con riguardo al collegato periodo di interdittiva di 45 giorni.

Conclusivamente, per quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

3. Le spese del giudizio possono compensarsi in ragione della natura delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Laura Marzano

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO