

Consiglio di Stato

Sezione V

Sentenza 23 luglio 2018, n. 4427

Presidente: Severini - Estensore: Prosperi

FATTO E DIRITTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, la Colanzi s.r.l. e la Colanzi Costruzioni di Colanzi Domenicantonio e Tonino s.n.c. impugnavano due atti, n. 251-2 e 252-s del 9 dicembre 2014, del Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che irrogavano loro la sanzione pecuniaria di Euro 1.500,00 ciascuna, ai sensi dell'art. 6 (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) d.lgs. n. 163 del 2006, e l'iscrizione nel casellario informatico ai sensi dell'art. 38 (requisiti di ordine generale), comma 1-ter, d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 8 (casellario informatico), comma 2, lett. s), del Regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, con conseguente interdizione dalle pubbliche gare per un mese.

Gli atti impugnati erano stati adottati a seguito di una segnalazione all'ANAC da parte del Consorzio di Bonifica dell'Emilia Centrale, che aveva escluso le due società dalla gara per l'affidamento del secondo lotto funzionale dei lavori di ristrutturazione della rete idrica a causa delle dichiarazioni di assenza di condanne penali a carico del legale rappresentante della Colanzi Costruzioni s.n.c. e del direttore tecnico della Colanzi s.r.l., così omettendo la menzione della condanna in via definitiva a carico dei due soggetti titolari delle cariche citate (l'una ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per violenza privata da parte del Tribunale di Lanciano, divenuta irrevocabile il 19 novembre 2012, l'altra un decreto penale per molestie telefoniche) e dando luogo alla sanzione (essendo precluso agli interessati di indicare, selezionandole, le sole condanne penali che coinvolgono la moralità professionale, dato che la valutazione di loro rilevanza compete alla sola stazione appaltante).

La stazione appaltante aveva segnalato all'ANAC la mancata dichiarazione di condanna definitiva a carico dei due titolari delle dette cariche. L'ANAC ha applicato l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, perché chi aspira a una commessa pubblica deve dichiarare tutte le condanne penali riportate, non solo quelle che coinvolgono la moralità professionale (salvo quelle per cui sia venuta meno la rilevanza penale per riabilitazione o abrogatio criminis): il concorrente non può selezionare le condanne da dichiarare, la valutazione di loro rilevanza spetta alla sola stazione appaltante. Circa la quantificazione della sanzione, l'ANAC - analogamente alla segnalazione della stazione appaltante - ha tenuto conto della non incidenza sulla moralità professionale della condanna pretermessa e la definitività recente della condanna.

Le due società - premessa l'ammissibilità del ricorso collettivo per l'assenza di conflitto di interessi e l'identità delle due fattispecie dedotte in giudizio - lamentavano violazione degli artt. 6, 8, comma 4, e 38 d.lgs. n. 163 del 2006 sotto più profili, l'eccesso di potere per errata o inconferente motivazione, difetto di istruttoria e violazione degli artt. 3 e 10 l. n. 241 del 1990, la disapplicazione del Regolamento sanzionatorio dell'ANAC.

L'ANAC si costituiva in giudizio e chiedeva il rigetto del ricorso.

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

La sentenza dapprima stimava infondate le censure sull'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 circa le condanne penali subite, la cui valutazione è rimessa alla stazione appaltante senza che sussistano spazi per un vaglio dell'elemento soggettivo a opera del dichiarante, e con irrogazione automatica della sanzione.

La sentenza respingeva anche il secondo mezzo, vista la completezza dell'istruttoria e della motivazione del provvedimento e il rispetto di tutti i passaggi del procedimento, comprese le garanzie di difesa e la loro presa in considerazione in motivazione.

Per la sentenza era poi generico il terzo motivo, sul ritardo dell'iscrizione - eseguita nel mese di gennaio del 2015 - e non c'erano violazioni di termini procedurali, oltre che non comprendersi l'entità del danno asserito.

Infondato era anche il quarto motivo, per cui la sanzione pecuniaria avrebbe dovuto essere irrogata solo in caso di false dichiarazioni sui requisiti di qualificazione, poiché l'art. 6, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006 collega la potestà sanzionatoria pecuniaria dell'Autorità al fatto obiettivo che gli operatori «forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri».

Da ultimo era giudicato infondato il quinto e ultimo motivo subordinato, sull'abilitazione dell'ANAC a un giudizio di rilevanza sull'incidenza del reato, differente da quello della stazione appaltante. Se spetta all'Autorità una valutazione diversa da quella demandata alla stazione appaltante, perché diversi ne sono i presupposti giuridici, l'ANAC stessa, ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, deve effettuare una valutazione dell'elemento soggettivo a base dell'omissione e verificare che le false dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti che ne sono oggetto.

La sentenza quindi respingeva il ricorso.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 2 marzo 2016, la due società impugnavano la sentenza per i seguenti motivi:

1. L'ANAC ha proceduto all'iscrizione con il richiamo alla falsa dichiarazione sul possesso dei requisiti dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 163 del 2006 ma non ha rilevato che la segnalazione indicava che i reati non riguardavano la moralità professionale e che non avrebbero di per sé comportato l'esclusione.

2. L'iscrizione nel casellario informatico non è necessitata ed è autonoma rispetto alla gara. Le è collegata un'autonoma valutazione su rilevanza e gravità dei fatti di cui alle condanne, il che è di particolare rilievo

ove si tratti di reati non riguardanti la moralità professionale o il comportamento complessivo di un'impresa nel quadro dell'iniziativa economico-imprenditoriale.

3. La considerazione delle difese nel procedimento è stata solo formale, ed è stata assente una concreta motivazione sulla gravità dei reati.

4. Non è corretto quanto affermato dalla sentenza sul ritardo dell'iscrizione, visti i doveri di tempestività.

5. L'irrogazione della sanzione è comunque connessa alle dichiarazioni sui requisiti di qualificazione, ma non attiene ad altri fatti (come quelli in questione).

6. Infine le appellanti insistevano sulla disapplicazione del regolamento sul potere sanzionatorio dell'ANAC, se interpretato secondo gli assunti della sentenza appellata.

La Colanzi s.r.l. e la Colanzi Costruzioni di Colanzi Domenicantonio e Tonino s.n.c. concludevano per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

L'ANAC si è costituita sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

All'udienza del 5 luglio 2018 la causa è passata in decisione.

L'appello va accolto, per la fondatezza assorbente dei motivi primo e secondo.

La giurisprudenza di questa Sezione del Consiglio di Stato dà per assunto l'obbligo dei concorrenti di allegare le condanne penali subite dagli amministratori delle società che presentano domanda di gara, perché non spetta loro il diritto di unilateralmente vagliarle: invero, incombe poi alla stazione appaltante vagliare gli illeciti commessi e riscontrarne l'entità, la gravità e soprattutto l'attinenza con la moralità professionale. È questo lo scopo della disposizione che obbliga all'allegazione, cioè l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (la fattispecie peraltro ora continua all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), a tenore del quale:

«Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale,

corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima».

Nella specie, l'esclusione della Colanzi s.r.l. e della Colanzi s.n.c. riunite in r.t.i. è avvenuta da parte del Consorzio di bonifica dell'Emilia Centrale per la violazione da parte dei legali rappresentanti di ambedue le ditte e del direttore tecnico della prima dell'obbligo di denunciare una sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. e di un decreto penale di condanna. Si facendo, le imprese hanno contravvenuto all'obbligo di porre la stazione appaltante a conoscenza di tutti i precedenti dei concorrenti per poi poter esperire i propri poteri valutativi di ammettere i concorrenti oppure di procedere alla loro esclusione, una volta vagliate le condanne penali e la loro attinenza con reati gravi che incidono sulla moralità professionale oppure con quelli specificamente elencati dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2016.

L'esclusione che è derivata dal fatto dalle dette omissioni dichiarative ha avuto per conseguenza la segnalazione all'ANAC da parte della stazione appaltante. E l'ANAC ha dato luogo al procedimento sanzionatorio, con le misure qui contestate.

La segnalazione alle stazioni appaltanti delle condanne penali a carico di soggetti esponenziali delle concorrenti è per queste obbligatoria. Ma la legge poi non prevede un automatismo nell'esercizio dei conseguenti poteri dell'ANAC, tale per cui questa, ricevuta la segnalazione, debba sempre e comunque procedere all'irrogazione di sanzioni, soprattutto se di natura "reale" ovvero sia inibitorie dell'attività di impresa.

Occorre invero - come del resto nello Stato di diritto è proprio di ogni procedimento autoritativo restrittivo - un'autonoma e motivata attività valutativa, di ordine tecnico-discrezionale, che - sulla base delle caratteristiche del fatto come accertato in sede penale in rapporto alla mancata sua esternazione in sede di gara - stimi se ciò debba comportare verso ogni pubblica amministrazione appaltante l'inaffidabilità morale dell'impresa: e su tale seria stima, stabilisca proporzionatamente i termini in cui applicare la misura.

Dice infatti l'art. 38, comma 1-ter: «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, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia».

Si tratta dunque, è da evidenziare, di applicare una misura restrittiva che riguarda non il micro-mercato della singola gara e del figurato conseguente contratto, dove l'omissione è avvenuta (e rispetto alla quale già l'esclusione disposta dalla stazione appaltante ha raggiunto l'effetto impeditivo), bensì il ben più ampio mercato generale di tutte le gare per contratti pubblici, in atto o future e per quel certo stabilito tempo.

Il che è come dire che si incide sulla capacità settoriale di agire dell'impresa perché comunque presunta sospettabile di inaffidabilità morale in tema di gare pubbliche.

A ben vedere, è una seria misura di prevenzione settoriale e generale de futuro, non già - malgrado l'invalso uso del termine - una vera e propria "sanzione" e de praeterito (che si aggiunge a quella irrogata nella giusta sede penale): in quanto tale, è coerente e proporzionato - e condizione di legittimità della stessa misura - che l'ANAC, in relazione alle sue funzioni istituzionali, valuti in concreto i ponderati termini per cui, in forza dei fatti accertati correlati all'omissione e in genere alle finalità proprie degli appalti pubblici, l'impresa va collocata in condizione presuntiva di indegnità a competere per ottenere comunque commesse pubbliche.

Proprio perché è misura de futuro e in via generale, non si tratta della medesima valutazione che presiede all'omissione in sede di gara, dove opera l'automatismo escludente dell'art. 38, comma 1, lett. c); ma di distinta fattispecie, benché consequenziale, cioè quella dell'art. 38, comma 1-ter. Nel primo caso le conseguenze dell'omissione sono relative a quella singola gara; nel secondo al mercato in generale delle gare pubbliche. E se alla luce del primo aspetto l'omissione comporta senz'altro l'esclusione dalla gara (es. C.d.S., IV, 29 febbraio 2016, n. 834; V, 12 ottobre 2016, n. 4219), non è detto anche che alla luce del secondo debba sempre e comunque comportare l'iscrizione nel casellario informatico con le inerenti conseguenze escludenti.

Venendo al caso di specie, occorre rilevare in fatto che le due condanne riguardavano l'una, quella a seguito di "patteggiamento", il reato di violenza privata; l'altra, quella a seguito di decreto penale di condanna, molestie telefoniche. Ne viene che, a prima vista e salvo un maggiore approfondimento, era almeno dubitabile che ne emergessero non solo quei reati specifici indicati dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 ma nemmeno in quanto indicato dallo stesso articolo a clausola di chiusura, vale a dire reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale e siano ex se causa escludente dalla pubbliche gare.

L'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 ha stabilito che l'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ora ANAC, vigili sui contratti pubblici, [...], di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, [...] al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui art. 2, ovvero sia il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e

di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

In ragione di tali scopi essa gestisce il casellario informatico istituito dal d.lgs. n. 163 del 2006, ove inserisce tra l'altro i dati concernenti le "falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara" - art. 8 d.P.R. n. 207 del 2010 - ed ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, d.lgs. n. 163, nel caso di presentazione di falsa dichiarazione [...] nelle procedure di gara [...], se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione [...], dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara [...].

Da queste disposizioni e da quelle in generale sui compiti dell'ANAC si desume che essa irroga le misure di iscrizione sul casellario dinanzi a comportamenti, nel caso specifico di omesse dichiarazioni, in considerazione della gravità e della rilevanza dei fatti che hanno distinto la falsa dichiarazione: ma non può limitarsi ad adottare tali misure comunque in tutti i casi di omissioni quasi in via automatica, indipendentemente da un apprezzamento in concreto in riferimento a quelle finalità.

Tutto questo infatti si deve svolgere nel rispetto della ratio istitutiva dell'ANAC, che è di interesse generale e non può essere parametrata sui compiti delle stazioni appaltanti, le quali curano l'interesse alla provvista del singolo contratto.

Questo implica che l'irrogazione della misura ad effetto generale in questione vada concretamente apprezzata e motivata in relazione alle inosservanze e al loro intrinseco, e non solo formale, rilievo: sicché vi si deve dar corso solo se ragionatamente si individua una relazione con l'effetto interdittivo nella gravità e rilevanza dei fatti in rapporto all'omissione.

Invece nella specie non è riportata alcuna motivazione: l'ANAC non ha qui dato conto dell'incidenza sulla moralità professionale delle due appellanti e sui nessi di collegamento tra le omissioni e i danni generali ed i due precedenti penali, né sul rapporto di questi elementi con l'omissione.

Per le considerazioni suesposte l'appello va accolto con il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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