

Pubblicato il 13/12/2019

N. 08480/2019REG.PROV.COLL.

N. 03229/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3229 del 2019, proposto da Tmp s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Gerosa in Roma, via Virgilio, 19;

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 la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 04729/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2019 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Daniele Marrama e dello Stato Carmela Pluchino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera del 6 marzo 2019, comunicata il 15 marzo 2019, l'Anac infliggeva alla Tmp s.r.l sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo di € 2.000 con contestuale inibitoria per 45 giorni alla partecipazione alle gare pubbliche e corrispondente annotazione nel casellario informatico.

La sanzione veniva irrogata, ai sensi dell'art. 80, comma 12, nonché dell'art. 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016, in conseguenza dell'omessa dichiarazione di pregressi illeciti professionali *ex art. 80, comma 5, lett. c)* d. lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione all'epoca vigente) nell'ambito di una procedura di gara indetta dalla Centrale unica di committenza nolana - Comune di Marigliano cui la Tmp aveva partecipato in qualità di ausiliaria di altro operatore economico.

2. La Tmp impugnava il provvedimento sanzionatorio davanti al Tribunale amministrativo per il Lazio che, nella resistenza dell'Anac, respingeva il ricorso.

3. Ha proposto appello avverso la sentenza la Tmp formulando un unico articolato motivo con cui ha lamentato *error in iudicando*; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; travisamento dei presupposti di fatto; violazione del canone di proporzionalità.

4. Resiste all'appello l'Anac, chiedendone la reiezione.

5. Sulla discussione delle parti all'udienza pubblica del 28 novembre 2019, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nell'ambito dell'unico motivo di gravame l'appellante si duole anzitutto del rigetto del primo motivo di ricorso in primo grado, con cui aveva dedotto l'illegittimità del procedimento per sua eccessiva durata, essendosi lo stesso protratto oltre il termine di 180 giorni stabilito dal Regolamento, e conclusosi formalmente in tempo solo mercé la sospensione di 75 giorni fra la data della richiesta di audizione e l'effettivo svolgimento di questa, periodo autoassegnatosi dall'Anac in modo distorsivo e con sviamento di potere.

1.1. La censura è infondata e va respinta nei termini e per le ragioni che seguono.

1.1.1. L'art. 29, comma 1, lett. b) del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Anac (già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) approvato giusta delibera dell'Autorità del 24 febbraio 2014 e successive modifiche e integrazioni, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, fissa 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”*.

In proposito, benché il successivo art. 48, comma 2, affermi espressamente la perentorietà dei termini in relazione alla sola fase di avvio del procedimento, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito come debba essere ritenuto perentorio anche il termine per la conclusione del procedimento.

Il che trova ragione nei profili di specialità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma generale del procedimento amministrativo, e in particolare nella natura afflittivo-sanzionatoria del provvedimento che ne deriva, e dunque nel principio secondo cui *“l'esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può restare esposta sine die all'inerzia dell'autorità preposta al procedimento sanzionatorio, ciò ostando ad elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze*

dei comportamenti” (cfr. Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2874; 3 ottobre 2018, n. 5695; 30 luglio 2018, n. 4657; VI, 30 aprile 2019, n. 2815; 8 aprile 2019, n. 2289).

In proposito la norma di riferimento di rango primario idonea a giustificare la qualificazione di perentorietà dei termini procedurali è stata rinvenuta nell’art. 8, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006 - norma che si pone a fondamento del Regolamento sanzionatorio - secondo cui *«il regolamento dell’Autorità disciplina l’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell’apertura dell’istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti»* (cfr. ancora, *inter multis*, Cons. Stato, n. 2874/2019, n. 5695/2018, n. 4657/2018, cit.).

1.1.2. Il successivo comma 5 dell’art. 29 stabilisce che *“il termine di 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 articolo 30”*.

La disposizione è in sé legittima, rispondendo alla ragionevole esigenza di evitare che le attività difensive e lo stesso svolgimento dell’audizione possano ridondare in danno della completezza e dell’adeguatezza dell’istruttoria, costringendo l’Autorità a una sua chiusura anticipata in funzione del termine massimo di durata del procedimento.

Nel caso di specie il procedimento è stato avviato giusta comunicazione del 18 luglio 2018, che stabiliva il termine del 20 settembre 2018 per la produzione di memorie difensive e documenti, nonché il termine di ulteriori 10 giorni per eventuali repliche della stazione appaltante; la successiva fissazione dell’audizione è avvenuta, in forza di nota 19 luglio 2018, per il 2 ottobre 2018; il procedimento s’è infine concluso con delibera del 6 marzo, comunicata alla Tmp il 15 marzo 2019; ulteriore periodo di

sospensione è stato previsto per il deposito di memorie, a seguito della comunicazione delle risultanze istruttorie, fra il 22 e il 28 febbraio 2019.

Complessivamente il procedimento è durato dunque più di 180 giorni (*i.e.*, totali 240 giorni, incluso il periodo occorso per la comunicazione del provvedimento sanzionatorio, di cui tener conto secondo i principi affermati da Cons. Stato, n. 2874/2019 e n. 5695/2018, cit.) beneficiando di vari periodi di sospensione alla luce sia dei termini a difesa - successivamente all'avvio del procedimento e all'esito della comunicazione delle risultanze istruttorie - sia del periodo occorso allo svolgimento dell'audizione.

Il che risponde a quanto previsto dal richiamato art. 29, comma 5 del Regolamento, che stabilisce la sospensione dei termini del procedimento non solo in relazione ai periodi di *“assegnazione di un termine alle parti o a terzi per le produzioni istruttorie”* bensì anche *“per il periodo necessario allo svolgimento dell'audizione”*.

In proposito, seppure non può escludersi, in termini generali, che l'esercizio del potere di governo del procedimento possa essere sviato attraverso la fissazione di audizione che - in difetto di un riferimento temporale previsto nel Regolamento - abbia l'effetto concreto di procrastinare irragionevolmente e arbitrariamente la durata del procedimento, nel caso di specie non è dato ravvisare una siffatta ipotesi. In particolare, considerato che il periodo di sospensione ricompreso fra la fissazione dell'audizione e la sua celebrazione (*i.e.*, dal 19 luglio al 2 ottobre) risulta in parte coincidente con quello a difesa - avente a sua volta effetto *ex se* sospensivo del procedimento - previsto nella comunicazione di avvio (*i.e.*, in origine, sino al 20 settembre 2018; di fatto la Tmp depositò la memoria lo stesso 18 luglio, ma era comunque previsto l'ulteriore termine di replica di 10 giorni in favore della stazione appaltante, con il quale si verificò dunque la sovrapposizione) e che peraltro il periodo di complessiva sospensione procedimentale risentì anche dall'ulteriore termine a difesa fissato nella comunicazione delle risultanze istruttorie (*i.e.*, dal 22 al

28 febbraio 2019) il numero complessivo di giorni di sospensione riconducibile alla fissazione dell'audizione può ritenersi ancora rientrante entro limiti di ragionevolezza, e risulta tale da non dar luogo di per sé a sviamento di potere, anche in considerazione della coincidenza della contestata sospensione con il periodo estivo.

1.1.3. In considerazione di ciò, il primo profilo di doglianza non è dunque condivisibile.

2. Col secondo profilo dell'unico motivo di gravame la Tmp si duole dell'illegittimità sostanziale della sanzione, atteso che l'omissione informativa contestata riguarda episodi privi di rilievo a fini espulsivi e che non andavano comunicati alla stazione appaltante, trattandosi in un caso di risoluzione contrattuale occorsa più di tre anni prima della gara, nell'altro di vicenda di esclusione e revoca dell'aggiudicazione provvisoria anteriore alla stipula del contratto; in difetto di siffatti obblighi comunicativi, non sussisterebbero gli elementi di falsità posti a fondamento del provvedimento sanzionatorio impugnato, né sarebbe comunque ravvisabile la colpa grave della Tmp.

2.1. La doglianza è fondata nei termini di seguito specificati.

2.2. La sanzione impugnata è stata irrogata alla Tmp ai sensi dell'art. 80, comma 12, d. lgs. n. 50 del 2016 (che punisce la *«falsa dichiarazione o falsa documentazione nelle procedure di gara»*) nonché del successivo art. 213, comma 13 (che riguarda varie fattispecie, fra cui quella qui invocata dall'Anac, consistente nel fornire alle stazioni appaltanti *«dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione»*).

Il fatto sanzionato consiste nell'omessa dichiarazione *“di fatti e circostanze rilevanti ai fini della dimostrazione del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d. lgs. 50/2016”* (cfr. il provvedimento sanzionatorio impugnato).

A fronte di tale addebito, l'appellante si difende sostenendo che le informazioni la cui omessa comunicazione è stata sanzionata dall'Anac non andavano in realtà rese

note alla stazione appaltante in quanto irrilevanti, sicché nessuna falsità sarebbe riscontrabile nella dichiarazione resa in gara dalla Tmp; inoltre difettava in capo all'appellante l'elemento soggettivo della colpa grave, per cui l'irrogata sanzione risulterebbe in ogni caso illegittima.

2.3. Nell'esame delle doglianze formulate dall'appellante va premesso che esse vengono scrutinate nella presente sede nella (sola) prospettiva del legittimo esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Anac, essendo il Collegio specificamente ed esclusivamente chiamato a conoscere della conformità a legge del provvedimento irrogativo della sanzione.

2.4. Il primo illecito professionale del quale la Tmp avrebbe omesso la comunicazione alla stazione appaltante, così incorrendo nella falsità sanzionata dall'Anac, consiste nella risoluzione contrattuale comminata dal Comune di Massa Lubrense nell'aprile 2014, e cioè prima del triennio anteriore all'indizione della procedura da parte della Cuc nolana - Comune di Marigliano.

Secondo l'appellante, non essendo detta risoluzione rilevante a fini espulsivi, stante la limitazione al triennio degli effetti preclusivi alla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 80, comma 10, d. lgs. n. 50 del 2016, neppure potrebbe ritenersi illecita - e comunque passibile di sanzione - la mancata comunicazione di una siffatta circostanza.

2.5. La doglianza è fondata, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.5.1. Sul piano sostanziale, la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già posto in risalto come, ai sensi dell'art. 80, comma 10, d. lgs. n. 50 del 2016, *“il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, ha durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale”* con la precisazione che *“il triennio va computato a*

ritroso, dalla data del bando alla data del fatto” (Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576; in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6530). Il che è stato affermato peraltro in relazione a fattispecie anteriore all’ingresso in vigore del d. lgs. n. 56 del 2017 - che ha reso esplicito detto limite triennale - valorizzando la suindicata previsione della direttiva europea ed evidenziando la *“violazione della normativa eurounitaria”* che si sarebbe consumata se la disciplina interna *“avesse inteso non porre alcun limite temporale alla rilevanza della portata escludente della pregressa risoluzione contrattuale”*.

Alla luce di ciò, non è dunque condivisibile l’appellata sentenza nella parte in cui esclude senz’altro la sussistenza d’un limite temporale in ordine alla rilevanza a fini espulsivi di illeciti professionali quali la pregressa risoluzione contrattuale.

2.5.2. Chiarita l’irrilevanza, ai suddetti fini espulsivi, del fatto non comunicato, occorre considerare gli effetti - in specie, in termini sanzionatori - della sua omessa dichiarazione in quanto tale.

In proposito questa Sezione ha recentemente chiarito la generale distinzione fra le omesse, reticenti e false dichiarazioni ai sensi dell’art. 80, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016, rilevando che *“v’è omessa dichiarazione quando l’operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come ‘grave illecito professionale’; v’è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell’ottica dell’affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l’operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero”* (Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407; 22 luglio 2019, n. 5171; 28 ottobre 2019, n. 7387).

In relazione all’omissione comunicativa s’è poi precisato che essa *“costituisce violazione dell’obbligo informativo, e come tale va apprezzata dalla stazione appaltante”*, la quale è chiamata a soppesare non il solo fatto omissivo in sé, bensì anche - nel merito - *“i singoli, pregressi episodi, dei quali l’operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via*

definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto" (Cons. Stato, n. 2407/2019, cit.).

2.5.3. Declinando rispetto dell'oggetto della presente controversia i principi suindicati deve escludersi che sussista in specie una condotta della Tmp meritevole di sanzione a norma degli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016. La condotta ascrivibile alla Tmp va infatti qualificata in termini di omissione comunicativa, così come peraltro affermato e segnalato dalla stessa stazione appaltante, che ha denunciato l'illecito nei seguenti termini: "*omettere informazioni dovute per corretto svolgimento della procedura di selezione*", ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50 del 2016 (v. in proposito la segnalazione, in atti; cfr. anche le stesse dichiarazioni di gara dell'appellante, in cui si comunica un singolo fatto pregresso di risoluzione contrattuale, omettendo l'indicazione delle vicende qui in esame).

In proposito, come s'è posto in risalto, la mancata ostensione di un pregresso illecito è rilevante - a fini espulsivi - non già in sé, bensì in funzione dell'apprezzamento della stazione appaltante, il quale va a sua volta eseguito in considerazione anzitutto della consistenza del fatto omesso.

Nel caso di specie, coincidendo il fatto omesso con una pregressa condotta in sé non rilevante a fini escludenti, difettano senz'altro i presupposti dell'illecito in relazione alla corrispondente omissione nella prospettiva - qui in esame - della «*falsa dichiarazione o falsa documentazione*» ovvero della esibizione di «*dati o documenti non veritieri*» poste dall'Anac a fondamento della sanzione irrogata.

Il non aver comunicato una pregressa risoluzione anteriore al triennio, in sé priva d'attitudine espulsiva, non determina infatti una condotta falsa o inveritiera in grado di legittimare l'esercizio del potere sanzionatorio di cui agli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016.

Di qui l'illegittimità *in parte qua* della sanzione inflitta all'appellante.

2.6. Ad analoghe conclusioni si perviene anche in relazione all'altro contestato illecito professionale non comunicato dalla Tmp, consistente nell'esclusione e nella revoca di aggiudicazione provvisoria per omessa comprova di requisiti professionali nell'ambito di una procedura di gara tenuta dal Comune di Treviso (illecito pure denunciato dalla stazione appaltante in termini di omissione di *“informazioni dovute per corretto svolgimento della procedura di selezione”* ex art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, giacché negletto dalla Tmp fra le dichiarazioni di gara, limitate a un diverso episodio di risoluzione contrattuale).

2.6.1. In proposito l'appellante sostiene che gli episodi di esclusione da precedenti gare vadano comunicati alla stazione appaltante nella sola ipotesi in cui essi risultino annotati nel casellario informatico tenuto dall'Anac; nel caso di specie difettava una siffatta annotazione al tempo in cui la Tmp rese la propria dichiarazione, sicché nessuna rilevante omissione sarebbe rinvenibile in relazione alla vicenda richiamata dall'Autorità quale presupposto della sanzione.

Anche tale profilo di doglianza merita condivisione nei termini che seguono.

2.6.2. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato in termini generali che, in riferimento all'omessa dichiarazione dell'esclusione da una precedente gara d'appalto, per potersi ritenere integrata l'ipotesi di omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.l. n. 135 del 2018) *“è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento (...) (così Cons. Stato, V, n. 2063/18 e id., III, n. 4266/2018 cit.)”* (Cons. Stato, V, n. 6576/2018, cit.; nello stesso senso, oltre ai precedenti richiamati dalla citata sentenza, cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5136; 4 luglio 2017, n. 3257

e 3258; *contra*, v. Cons. Stato, n. 5171/2019, cit., cui segue tuttavia Cons. Stato, V, 27 settembre 2019, n. 6490, che si uniforma al precedente orientamento).

Nel caso di specie è pacifico come l'esclusione dalla gara e revoca dell'aggiudicazione provvisoria da parte del Comune di Treviso non risultasse iscritta al casellario informatico Anac al tempo in cui la Tmp rese le dichiarazioni relative alla procedura indetta dalla Cuc nolana - Comune di Marigliano.

In tale contesto, al di là della controversa rilevanza espulsiva dell'omessa comunicazione di pregressa esclusione non iscritta a casellario Anac (rilevanza affermata, ad es., da Cons. Stato, n. 5171/2019, cit.; cfr. anche le Linee Guida n. 6 Anac, come modificate giusta delibera n. 1008 del 2017, *sub* par. 4.2, su cui è stata peraltro avviata nuova fase di revisione: cfr. in proposito Cons. Stato, I, parere n. 2616 del 13 novembre 2018), alla luce del più recente e condivisibile orientamento che distingue chiaramente le dichiarazioni false e non veritiere da quelle semplicemente omesse o reticenti (v. *retro*, *sub* § 2.5.2) va escluso che nel caso di specie, a fronte dell'omessa ostensione della precedente revoca dell'aggiudicazione provvisoria, sussista una vera e propria falsità dichiarativa - in termini di *immutatio veri* - passibile *ex se* di sanzione ai sensi degli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016.

Per le stesse ragioni, in difetto di una condotta mendace non è peraltro possibile ravvisare - tanto meno nel composito quadro interpretativo suindicato - il necessario elemento della colpa grave, ricondotto dall'art. 80, comma 12, alla «*rilevanza o (...) gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione (...)*», non ricavabile dal semplice fatto che, nella consapevolezza della precedente esclusione, «*l'asserito dubbio sulla necessità di dichiara(zione)*» avrebbe dovuto indurre a «*particolare attenzione e diligenza*», e così a rendere di per sé la dichiarazione (cfr. in tal senso la sentenza appellata; per la nozione di colpa grave nell'ambito delle sanzioni in esame, cfr. Cons. Stato, VI, 2 febbraio 2015, n. 468).

In senso inverso neppure può rilevare che al tempo della dichiarazione fosse stato già avviato dall'Anac il procedimento volto all'iscrizione del fatto nel casellario informatico, atteso che comunque l'iscrizione e la stessa decisione dell'Anac non erano all'epoca ancora intervenute, sicché il loro successivo perfezionamento costituì una sopravvenienza inidonea a incidere sulla qualificazione in termini di falsità della condotta dell'appellante al tempo della partecipazione alla gara bandita dalla Cuc nolana.

Di qui la complessiva illegittimità della sanzione irrogata dall'Anac a fronte della fondatezza delle suindicate doglianze formulate dalla Tmp, cui segue l'assorbimento di tutti gli ulteriori profili di censura sollevati.

3. Da quanto suesposto deriva dunque l'accoglimento dell'appello con conseguente riforma della sentenza appellata e - in accoglimento del ricorso di primo grado - annullamento del provvedimento sanzionatorio gravato.

4. Ricorrono giusti motivi, costituiti dalla particolarità e complessità della fattispecie per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

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 dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO