

Publicato il 04/07/2019

N. 08744/2019 REG.PROV.COLL.
N. 03148/2018 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

sul ricorso numero di registro generale 3148 del 2018, proposto da I.C.R. S.p.A. unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli, Francesco Cocola e Niccolò Casinelli, elettivamente domiciliata in Roma, via Verona, 9, presso lo studio dell'avv. Francesco Cocola;

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;

nei confronti

Provincia Autonoma di Bolzano, ACP – Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, non costituite in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva,

della “Comunicazione di avvenuto inserimento dell'annotazione nel casellario informatico”, n. 1382 del 5 gennaio 2018, adottata dalla SG – USAN Ufficio Sanzioni Contratti Pubblici a margine del procedimento USAN.NU.70978.17ads Fasc. 3620;

della Comunicazione ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 207/2010 ai fini dell'inserimento nel casellario informatico, di notizie ritenute utili riguardanti la fase di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, trasmessa dalla S.U.A. – Provincia di Bolzano all'A.N.A.C. in data 22 maggio 2016, nella parte in cui omette: a) di specificare che la condotta segnalata non è sorretta né da dolo né da colpa grave; b) di dar conto della attivazione di plurime azioni positive da parte dell'operatore economico segnalato; c) di esprimere proprie valutazioni in ordine al reale svolgersi della vicenda; di tutti gli atti presupposti, successivi o comunque connessi, che possano arrecare pregiudizio alla situazione giuridica che fa capo all'odierna ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità nazionale anticorruzione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 2184/2018 del 19.6.2018;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2019 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

I.C.R. S.p.A. ha impugnato, unitamente ad atti endoprocedimentali, il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi Anac o Autorità) ha disposto l'iscrizione nel casellario informatico della seguente annotazione: *«La stazione appaltante Provincia Autonoma di Bolzano – ACP Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – SUA, con modello di segnalazione B) allegato al Comunicato del Presidente dell'Autorità del 18.12.2013, acquisito al prot. ANAC al n. 70978 del 22.05.2017, ha comunicato l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva dd. 19.09.2016 prot. 4897, relativa alla procedura di gara "AOV/CA 045/2015 Fornitura di carta in risme e prestazione dei servizi connessi - CIG 648996695C", in favore dell'operatore economico I.C.R. S.p.A. Unipersonale (C.f. 05466391009), per omissione, da parte della medesima Impresa, dell'indicazione di avvalersi del subappalto. La presente annotazione è iscritta nel Casellario Informatico, ai sensi della delibera n. 1386 del 21 dicembre 2016 del Consiglio dell'Autorità, relativa al Casellario Informatico e Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, e non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche».*

Rilevato preliminarmente come il menzionato annullamento dell'aggiudicazione sia avvenuto all'esito di una lunga interlocuzione, nel corso della quale essa ricorrente ha rappresentato alla stazione appaltante l'assenza di suoi comportamenti ascrivibili a dolo o colpa grave in ordine alla ritenuta violazione delle disposizioni in tema di avvalimento, e richiamate le osservazioni prospettate all'Autorità

nella fase endoprocedimentale, la I.C.R. ha articolato i seguenti motivi di doglianza:

I. ILLEGITTIMITÀ PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE, IN PARTICOLARE DEGLI ARTT. 3 E 97, COMMA 3, COST., 30, COMMA 1-TER, “VECCHIO” CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, 80, COMMA 12, “NUOVO” CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, VIOLAZIONE DEL VINCOLO FIDUCIARIO E DEL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA A.N.A.C. N. 6 DEL 16 NOVEMBRE 2017 (aggiornate al cd. Decreto Correttivo alla deliberazione A.N.A.C. del 11 ottobre 2017).

La ricorrente rappresenta come, ai sensi dell’art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006, vigente al momento dei fatti e il cui contenuto coincide con la previsione dell’attuale art. all’art. 80, comma 12, d. lgs. 50/2016, la segnalazione della stazione appaltante all’Anac debba avvenire solo *“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto” sempre che le dichiarazioni “siano state rese con dolo o colpa grave”*.

Ciò comporterebbe un corrispondente onere dell’Anac di verifica in ordine alla ricorrenza dell’elemento soggettivo in capo all’operatore economico.

L’Autorità, di conseguenza, non potrebbe procedere ad alcuna iscrizione ove il fatto sia dovuto a colpa lieve o a errore scusabile e nei casi in cui i fatti segnalati dalla stazione appaltante non siano gravi o significativi.

ILLEGITTIMITÀ PER ECCESSO DI POTERE, SOTTO IL PROFILO DEL DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MANIFESTA INGIUSTIZIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, TRAVISAMENTO ED ERRONEITÀ DEI FATTI, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI.

La segnalazione della stazione appaltante e l'iscrizione dell'Anac sarebbero viziate per non aver compiutamente descritto i fatti e per non averli autonomamente valutati.

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

Alla camera di consiglio dell'11 aprile 2018, l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento è stata respinta *“per difetto del requisito dell'estrema gravità ed urgenza”*;

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

DIRITTO

Il ricorso va accolto per assorbente fondatezza delle censure di difetto di istruttoria e di motivazione, con le quali la ricorrente ha lamentato la mancata considerazione, da parte dell'Anac, di tutte le circostanze che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in suo favore dalla stazione appaltante.

Deve, a tal fine, considerarsi come l'annotazione oggi contestata, e con la quale l'Anac ha dato atto dell'avvenuta segnalazione, da parte della Provincia Autonoma di Bolzano, di un provvedimento di annullamento di precedente aggiudicazione di una procedura per la *“fornitura di carte in risme e prestazione di servizi connessi”*, rientra, come specificato nel provvedimento impugnato, tra quelle non automaticamente escludenti.

In proposito, la Sezione ha recentemente rilevato come l'annotazione nel casellario informatico da parte dell'Anac di notizie ritenute "*utili*", deve comunque avvenire "*in applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*", ciò che presuppone che le vicende oggetto di annotazione siano correttamente riportate (così, da ultimo, Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2019, n. 2178 e 24 aprile 2018, n. 4577).

Tanto comporta, oltre all'illegittimità di annotazioni inconferenti rispetto alle finalità di tenuta del Casellario, già ritenuta dal Collegio nelle decisioni sopra richiamate, anche un onere di completezza espositiva in capo all'Autorità, la quale, nei casi in cui in sede istruttoria siano emerse diverse ricostruzioni del medesimo fatto ad opera delle parti interessate, sarà tenuta, quanto meno, a dare conto di tali emergenze in sede di redazione dell'annotazione, salva la possibilità, ove ritenga le memorie difensive non conferenti, di indicare le ragioni della ritenuta irrilevanza, anche con eventuale riferimento all'esistenza (o inesistenza) di un contenzioso giurisdizionale sul punto o, ancora, agli eventuali esiti dello stesso (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3098).

L'iscrizione disposta a carico della I.C.R., come visto nell'esposizione in fatto, riguarda l'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto dalla stazione appaltante sul presupposto dell'omessa indicazione, da parte dell'aggiudicataria, dell'intenzione di avvalersi del subappalto, omissione che la stessa Anac, richiesta di un parere nel corso di procedimento finalizzato all'adozione dell'annullamento, aveva ritenuto rilevante non in sé ma in quanto avvenuta in assenza della preventiva autorizzazione della stazione appaltante.

La detta circostanza, rappresentata dalla ricorrente all'Anac nella fase di interlocuzione endoprocedimentale, unitamente ad una serie di elementi fattuali finalizzati a far emergere la ricorrenza di un errore scusabile nell'interpretazione del bando e la tenuta di una condotta collaborativa dopo l'inizio del procedimento per l'annullamento dell'aggiudicazione (cfr. "Controdeduzioni ICR del 9 agosto 2017" allegate all'atto introduttivo), influisce sicuramente sul valore sintomatico dei fatti oggetto di iscrizione e, di conseguenza, sull'*"utilità"* della notizia, tanto più che l'annotazione, nel descrivere i fatti, non menziona alcuna ragione per la quale le varie vicende riferite dalla ricorrente siano state ritenute non meritevoli di essere menzionate nel testo dell'iscrizione.

Ne risulta una compromissione dell'impianto motivazionale dell'atto, che non consente di comprendere le ragioni della valutazione compiuta dall'Anac in punto di rilevanza della notizia alla luce delle risultanze istruttorie e dei generali principi di proporzionalità e ragionevolezza.

In proposito va tuttavia considerato come le annotazioni dell'Autorità incidono *"comunque in maniera mai "indolore" nella vita dell'impresa, anche nella forma che non prevede l'automatica esclusione o la conseguente interdizione dalle gare pubbliche, perché comunque rilevanti sia sotto il profilo dell'"immagine" sia sotto quello dell'aggravamento della partecipazione a selezioni pubbliche"* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 29 marzo 2013, n. 3233).

Ne discende che in tutti in casi in cui le annotazioni non siano direttamente previste dal legislatore come *"atto dovuto"* le stesse devono essere adeguatamente motivate, con riferimento alle concrete

risultanze istruttorie, in ordine alle ragioni della ritenuta utilità (Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3098).

In sostanza, la mera valenza di “*pubblicità notizia*” delle circostanze annotate come “*utili*” e il fatto che le stesse non impediscano, in via automatica, la partecipazione alle gare, non esonera l’Autorità da una valutazione in ordine all’oggetto dell’iscrizione.

Ne discende che, nei casi in cui, come in quello in esame, l’operatore economico a carico del quale l’iscrizione è destinata a produrre effetti abbia fornito una lettura dei fatti diversa da quella del segnalante, l’Autorità risulta investita di un onere di più completa descrizione delle risultanze istruttorie ovvero, nel caso di ritenuta inconferenza dei fatti rappresentati, di un più diffuso onere motivazionale in ordine alla reputata irrilevanza.

Come, infatti, recentemente affermato dal giudice amministrativo, la valutazione in ordine all’utilità deve essere resa conoscibile in forza di un processo motivazionale che, per quanto sintetico, non può ridursi ad una assertiva affermazione di conferenza della notizia (sulla necessità della motivazione e sulla non configurabilità di notizie “*utili*” di per sé, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 898 e Tar Lazio, Roma, sez. I, 14 giugno 2019, n. 7760).

Il ricorso va pertanto accolto, con assorbimento di ogni altra censura, con conseguente annullamento del provvedimento di annotazione impugnato.

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, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'annotazione Anac comunicata il giorno 5 gennaio 2018 con nota n. n. 1382.

Condanna l'Anac al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidate in € 2.000,00, oltre oneri accessori, se dovuti, e quanto versato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO