



REPUBBLICA ITALIANA

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 1220 del 2016, proposto da:
Soc Ecologia Falzarano Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Valerio Di Stasio e
Francesco Nobile, con domicilio eletto presso Isaia Sales in Roma, piazza Regina
Margherita, 27;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12; Comune di Telesse
Terme;

per l'annullamento

del provvedimento n. 485-s del 22.12.15, con il quale è stata comminata alla società
ricorrente la sanzione di sospensione di tre mesi dalla partecipazione alle procedure
di affidamento e quella pecuniaria di euro 4.500,00 con annotazione nel casellario
informatico ex art. 8 D.P.R. n. 207/10

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2016 il dott. Raffaello Sestini e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con il gravame in epigrafe Ecologia Falzarano s.r.l. ha proposto ricorso, contro l'Autorità Nazionale Anticorruzione ed il Comune di Telesse Terme (BN), per l'annullamento del provvedimento n. 485-S assunto dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 22.12.2015, con il quale le è stata comminata la sanzione della sospensione di tre mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento e quella pecuniaria di € 4.500,00 con annotazione nel Casellario informatico ex art. 8 del D.P.R. n. 207/2010, unitamente alla nota di avvio del procedimento sanzionatorio del 14.1.2015 e di tutti gli atti istruttori preordinati, in particolare della nota di segnalazione inviata dal Comune di Telesse Terme il 25.7.2014, previa sospensione dell'efficacia del provvedimento anche inaudita altera parte.

2 – L'Autorità intimata si è costituita in giudizio argomentando con ampie memorie l'infondatezza delle censure dedotte e la piena legittimità del proprio operato.

3 - Con provvedimento n. 503 del 29.1.2016, a fronte della richiesta di misure interinali ante causam, è stata fissata l'udienza cautelare per il giorno 10.2.2016. Alla predetta camera di consiglio il Collegio ha sospeso il provvedimento in via cautelare: *"Considerato che, in disparte i controversi profili temporali e procedurali, ad una prima sommaria delibazione propria della fase cautelare il ricorso palesa profili che necessitano di un ulteriore approfondimento proprio della fase di merito in relazione alla stessa sussistenza dei presupposti considerati dal provvedimento impugnato. Rilevato, infatti, che la ricorrente risulterebbe aver a suo*

tempo sottoposto alla valutazione della stazione appaltante ben tre attestazioni regolarmente rilasciate da istituti bancari, solo successivamente revocate in dubbio dalle stesse Banche, in due casi per fatti che non sembrano necessariamente implicare una responsabilità dell'impresa, e non disconosciute dalla Banca emittente nel terzo caso”.

4 – A seguito della pubblica udienza del 6.4.2016 il ricorso è stato infine introitato per la decisione.

5 - La ricorrente deduce, in particolare, tre motivi di diritto, che espone nel ricorso secondo l'ordine di rilevanza loro attribuito dal medesimo difensore (che postula il c.d. assorbimento dei motivi successivi in caso di accoglimento dei motivi precedenti) e che, pertanto, il Collegio ritiene di dover esaminare nel medesimo ordine.

6 – Il primo motivo di ricorso concerne, dunque, la violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 11, dell'art. 8, comma 4, dell'art. 48, comma 1 e 2, del d.lgs n. 163 del 2006; la violazione dell'art. 5,6 comma 1, nonché del regolamento dell'ANAC 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. n. 163/2006 adottato in data 27.3.2014, ed in particolare degli artt. 5 e seguenti nonché 28 e seguenti, degli artt. 2 e 3 legge n. 241/1990 e s.m.i., degli artt. 24 e 97 della Costituzione, nonché i vizi di eccesso di potere per violazione di norme e principi in materia di giusto procedimento e difetto di istruttoria”.

L'ANAC, riferisce la ricorrente, si è dotata di un "Regolamento Unico" in materia di esercizio del proprio potere sanzionatorio nei confronti degli operatori economici, delle S.O.A. e delle stazioni appaltanti, che peraltro sarebbe stato violato nella fattispecie in esame quanto alla fase pre-istruttoria (per il ritardo della segnalazione del Comune intimato, ed essendo mancato l'avviso alle parti di avvio del procedimento sanzionatorio entro il termine perentorio di 90 giorni dalla ricezione della segnalazione completa), nonché quanto alla fase istruttoria (essendo

stati ampiamente violati i previsti termini procedurali, almeno secondo una complessa e minuziosissima ricostruzione della procedura operata dalla difesa di parte ricorrente), emergendo, si afferma, il mancato rispetto dei termini nel procedimento con violazione dei costituzionali diritti di difesa, dei principi di certezza del diritto e di legalità.

7 – Le descritte censure ad avviso del Collegio non sono fondate.

8 - Infatti, così come ben argomentato dall’Autorità, l'avvio del procedimento è stato comunicato nel rispetto dei 90 giorni previsti dal Regolamento, avendo gli uffici provveduto ad acquisire direttamente la necessaria documentazione, in modo del tutto regolare, ed anzi doveroso alla stregua del principio di buona amministrazione di cui all’art. 97 della Costituzione, per superare i ritardi del Comune segnalante, che infatti ha inviato fuori termini atti ormai divenuti irrilevanti ai fini del procedimento ritualmente instaurato e, quindi, ai fini del presente giudizio.

Inoltre, quanto al mancato rispetto del termine di 180 giorni, utile ai fini dell'adozione del provvedimento finale di cui al "Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità”, la ricorrente mostra di non considerare i tempi di sospensione disciplinati dal Regolamento stesso (in particolare, il termine dell'audizione, fissata in origine al giorno 13.4.2015, è slittato al 10.7.2015 proprio su sua richiesta di rinvio), con il conseguente rispetto, avendo l’ANAC deliberato la conclusione del procedimento nell'adunanza del 22 dicembre 2015, del termine stabilito dal regolamento per la conclusione del procedimento.

Ciò fermo restando, considera altresì il Collegio, che al termine dei 180 giorni in esame deve essere attribuita natura ordinatoria e non perentoria (fra le altre, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 luglio 2009 n. 4708; Tar Lazio - Roma, sez. III, 23 febbraio 2011 n. 1683).

Infine, la contestazione relativa al decorso di ogni ragionevole termine per l'attivazione della segnalazione ed all’esistenza di un evidente sviamento dell'azione

amministrativa da parte della stazione appaltante ai danni dell'operatore economico esula, osserva il Collegio, dall'ambito di valutazione del presente giudizio circa la legittimità del procedimento sanzionatorio in esame, rilevando peraltro, considera altresì il Collegio, ai fini del procedimento sanzionatorio da attivare nei confronti della stazione appaltante, per il non giustificato ritardo nella segnalazione, ferma restando la competenza di altro Giudice ove dovesse risultare l'attinenza della tardiva segnalazione a vicende diverse, in ipotesi di rilievo penale, riferite alle nuove procedure concorsuali per la gestione dei rifiuti cui la medesima ricorrente ha successivamente partecipato.

9 – A conclusioni ben diverse conduce, peraltro, l'esame del secondo motivo di ricorso, concernente la violazione e falsa applicazione di legge (artt. 48 e 6, comma 11, d.lgs. n. 163/2006) ed il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, dedotti con riferimento alla contestata mancata dimostrazione dei requisiti economico-finanziari a suo tempo dichiarati, in quanto la ricorrente avrebbe ampiamente dimostrato il possesso dei predetti requisiti già nel corso del procedimento sanzionatorio, ed in quanto, comunque, le dichiarazioni contestate e ritenute dall'ANAC non veritiere non sarebbero mai state negate dagli istituti bancari emittenti, derivandone l'inapplicabilità alla fattispecie della sanzione di cui all'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006.

10 - Afferma la ricorrente che era agli atti della gara, ed è stata comprovata nel corso del procedimento, la dimostrazione ai sensi dell'art. 41, co. 1, lett. b) e lett. c), del D.Lgs. n.163/2006 dei requisiti richiesti (bilanci societari ufficiali e depositati, fatturato globale a mezzo di dichiarazione I.V.A., nonché relazione sulla gestione e servizi resi nel quinquennio con riferimento all'anno di esercizio 2008 fino a quello disponibile ad oggi, nonché dalle dichiarazioni I.V.A. per i servizi resi nel quinquennio di riferimento), con documentazione ora allegata agli atti del giudizio.

Inoltre, prosegue la ricorrente, la dimostrazione dei requisiti economico-finanziari prescinde dalle dichiarazioni bancarie, che hanno il valore esclusivamente di lettera di affidabilità e risultano residuali nella valutazione della reale consistenza e solidità economica della concorrente. A tale proposito la ricorrente richiama altresì la giurisprudenza amministrativa che ha rilevato che la presentazione di idonee referenze bancarie di istituti bancari o intermediari autorizzati non deve avere un contenuto specifico e dettagliato e non deve essere considerata quale requisito rigido, stante la necessità di contemperare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5542; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 6 giugno 2014, n. 236, T.A.R. Veneto sez. I, 21.1.2015 n. 33 1).

11 – Al riguardo, il Collegio conviene con la ricorrente che la procedura ad evidenza pubblica del 2011 - cui fanno riferimento le referenze bancarie - è stata annullata e la ricorrente è stata comunque esclusa dalla stessa, aggiudicandosi invece, nel novembre del 2014, la gara indetta con il bando dell'agosto 2014 con altri ed incontestati requisiti, e che anche nel 2011 la stessa ricorrente aveva comunque dimostrato il possesso di adeguati requisiti economici alla stregua del principio comunitario di massima partecipazione alle pubbliche gare. Tuttavia, le predette circostanze risultano irrilevanti ai fini del giudizio in epigrafe, non essendo stato a suo tempo impugnato il bando (né sollevata l'eventuale illegittimità comunitaria delle norme nazionali di riferimento) per la parte in cui si imponeva espressamente la presentazione di attestazioni bancarie, spontaneamente allegate dalla medesima ricorrente e di cui viene ora contestata la veridicità.

12 - Dunque, la decisione sul punto in esame concerne esclusivamente la contestata esattezza delle conclusioni dell'Autorità circa la consapevole allegazione, da parte della ricorrente in sede di gara del 2011, di referenze bancarie provenienti dalle filiali

della Banca della Campania, Banca Popolare di Novara, ed Unicredit in realtà inidonee a dimostrare la propria capacità finanziaria.

13 – In realtà, così come allegato in atti dall’Autorità, il bando di gara del 2011 prevedeva espressamente che i soggetti partecipanti dovessero attestare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica attraverso il fatturato medio annuo per servizi analoghi all'oggetto di gara, almeno pari all'importo annuo posto a base di gara, nonché il possesso dei requisiti di capacità finanziaria esibendo idonee referenze bancarie di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati. La ricorrente pertanto allegava, per partecipare alla gara del 2011, ben tre certificazioni bancarie:

1) della Banca della Campania - filiale di Montecchio - la quale, in data 13.9.2011, attestava che la ditta Ecologia Falzarano SRL alla data del 13.9.2011 deteneva le disponibilità economiche su c/c per complessivi € 835.518,84 e precisava, altresì, di rilasciare la dichiarazione per gli usi consentiti dalla legge senza responsabilità, né garanzia della Banca;

2) dell'Unicredit Banca di Roma - filiale di Benevento, in data 26.5.2011, che affermava che la società Ecologia Falzarano S.r.l. era titolare di un conto corrente ed era in possesso delle capacità finanziarie ed economiche necessarie per assumere impegni dell'entità di quelli previsti a base di gara;

3) della Banca Popolare di Novara spa, in data 26.5.2011, che attestava che la società disponeva di adeguati mezzi liquidi e finanziari.

Peraltro, prosegue il resoconto dell’Autorità, in sede di verifica, a seguito della richiesta inoltrata dalla stazione appaltante in data 21.12.2011 prot. 16780, gli Istituti emittenti rilasciavano le seguenti dichiarazioni:

1) la Banca della Campania, con nota del 12.1.2012, dichiarava che: «la dichiarazione rilasciata dal ns. Istituto in data 13.9.2011 è una mera attestazione generica circa le disponibilità economiche che la società Ecologia Falzarano S.r.L possedeva sui conti

correnti», senza alcuna menzione della procedura di gara d'appalto né dell'eventuale concessione in capo alla ditta di affidamenti. Pertanto la stessa è da ritenersi una mera certificazione e non una attestazione di capacità economica finanziaria;

2) la Banca Popolare di Novara, con nota del 29.12.2011, dichiarava che: «alla data in cui scriviamo, il rapporto di conto corrente con la Ecologia Falzarano S.R.L., risulta estinto. Alla luce di quanto sopra, non siamo in grado di confermare quanto richiestoci non avendo, come detto, ad oggi, alcun rapporto con la Cliente in discorso».

3) la banca UNICREDIT, con nota del 16.1.2012, comunicava che «la società Ecologia Falzarano S.r.L. non intrattiene più rapporti con il ns Istituto dal 2009».

Pertanto, l'intimata Autorità afferma, a motivo dell'impugnato provvedimento, che «l'attestato rilasciato dalla Banca della Campania è stato confermato, tuttavia, è stato classificato dallo stesso soggetto emittente come una mera certificazione, non avente veste di referenza bancaria in quanto non attestante la capacità economico finanziaria richiesta dalla S.A. Riguardo alla Banca Popolare di Novara, non essendo la stessa stata in grado di confermare quanto richiesto dalla S.A., la relativa dichiarazione non può essere considerata quale certificazione comprovante il requisito richiesto. In ultimo, l'attestazione bancaria dell'Istituto Unicredit prodotta in gara, e dichiarata dal Legale Rappresentante quale copia conforme all'originale (rilasciata dalla Unicredit Banca di Roma in data 26.5.2011), alla luce delle successive affermazioni fornite dalla stessa Filiale di Benevento, circa il venir meno del rapporto con la "Ecologia Falzarano S.r.l." sin dal 2009, è da considerarsi non veritiera per effetto del semplice confronto cronologico».

Conclude l'Autorità che il requisito, comprovante la capacità finanziaria richiesta dal Bando, non è stato dimostrato, poiché venivano richieste dal bando almeno due attestazioni bancarie e, nel caso di specie, sono venute meno tutte e tre le certificazioni presentate dalla Ecologia Falzarano Srl, assumendo di conseguenza

“rilevanza la gravità dell'infrazione e l'elemento psicologico nella condotta dell'agente, riconducibile al dolo”.

14 - Il Collegio ritiene che la censura in esame, pur ricondotta ai predetti termini, sia invece fondata, in quanto nessun istituto bancario ha espressamente sconfessato la veridicità ed i contenuti dei documenti a suo tempo rilasciati all'impresa ricorrente e da essa allegati alla stazione appaltante, venendo in tal modo meno non il dolo o la colpa grave nella presentazione, bensì lo stesso presupposto di fatto e di diritto per l'irrogazione delle impugnate sanzioni, risultando la valida presentazione, all'epoca di svolgimento della gara in esame, di ben tre idonee certificazioni bancarie. In particolare:

1) la Banca della Campania, filiale di Montesarchio espressamente attestava che la ricorrente deteneva disponibilità economica sui conti correnti per complessivi € 835.518,84, precisando di rilasciare la dichiarazione per gli usi consentiti dalla legge senza responsabilità, né garanzia.

Resta quindi priva di ogni intelligibile significato sostanziale la postuma precisazione secondo cui "la dichiarazione rilasciata dal ns. istituto è una mera attestazione generica attestante la disponibilità economica che la società Ecologia Falzarano s.r.l. possedeva sui conti correnti ad essa intestati" e secondo cui pertanto "è da ritenersi una mera certificazione" non essendo ab origine mai comparsa, sul documento pur accettato dalla stazione appaltante, alcuna più generale "attestazione di capacità economica finanziaria" (restando peraltro ignota la distinzione fra "certificazione" ed "attestazione" ove riferita alla dichiarata disponibilità finanziaria detenuta dalla ricorrente presso la Banca dichiarante);

2) la Banca Popolare di Novara spa, in data 26.5.2011, attestava espressamente che la società "disponeva di adeguati mezzi liquidi e finanziari", configurandosi senza alcun dubbio, almeno in questo caso, una "attestazione di capacità economica finanziaria" da parte della Banca, che non è certamente venuta meno, nella sua

iniziale validità e nella sua veridicità sotto la responsabilità della stazione appaltante, per il semplice fatto della sopravvenuta dichiarazione della medesima Banca che, con nota del 29.12.2011, dichiarava che: «alla data in cui scriviamo, il rapporto di conto corrente con la Ecologia Falzarano S.R.L., risulta estinto. Alla luce di quanto sopra, non siamo in grado di confermare quanto richiestoci non avendo, come detto, ad oggi, alcun rapporto con la Cliente in discorso», senza quindi porre in dubbio quanto in precedenza dichiarato dalla medesima Banca;

3) Unicredit Banca di Roma - filiale di Benevento, con attestazione prodotta in gara e dichiarata dal Legale Rappresentante quale copia conforme all'originale (rilasciata dalla Unicredit Banca di Roma in data 26.5.2011), espressamente affermava che la società Ecologia Falzarano S.r.l. era titolare di un conto corrente ed era in possesso delle capacità finanziarie ed economiche necessarie per assumere impegni dell'entità di quelli previsti a base di gara.

Il predetto certificato non risulta essere stato mai contestato nella sua paternità e veridicità e non può quindi essere semplicemente smentito dalla nota del 16.1.2012 con cui la medesima banca afferma, contraddittoriamente, che «la società Ecologia Falzarano S.r.l non intrattiene più rapporti con il ns Istituto dal 2009», risultando in tal senso una mera affermazione tautologica, priva di riscontro probatorio, l'argomentazione difensiva dell'Autorità secondo cui la certificazione esibita «alla luce delle successive affermazioni fornite dalla stessa Filiale di Benevento, circa il venir meno del rapporto con la "Ecologia Falzarano S.r.l." sin dal 2009, è da considerarsi non veritiera per effetto del semplice confronto cronologico», ben potendo, oltretutto, l'istituto di credito aver rilasciato, a richiesta, l'attestazione sulla base di informazioni comunque in suo possesso nell'ambito di più articolati rapporti contrattuali con altri soggetti, in ipotesi, propri clienti debitori o creditori della medesima impresa.

15 – In altri termini, ritiene il Collegio che il richiamato bando di gara del 2011, al pari delle norme nazionali di riferimento, debba essere interpretato alla luce dei principi comunitari di concorrenza, di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di libertà d’iniziativa economica privata, di buon andamento dell’amministrazione pubblica, tutti confluenti, quale diretto corollario, nel principio di massima partecipazione alle pubbliche gare, e che pertanto, in accordo con la soprarichiamata giurisprudenza amministrativa, le richieste attestazioni bancarie debbano essere interpretate liberamente e non formalisticamente, quali meri elementi indiziari della necessaria capacità economica finanziaria (non si spiegherebbe altrimenti perché ne venivano chieste ben due), in tal senso sottoposti alla ragionevole valutazione della stazione appaltante (anche mediante richieste istruttorie e di integrazioni documentali alla stregua del medesimo principio di massima partecipazione); restando le imprese concorrenti di regola estranee – e quindi indenni da responsabilità- rispetto ai contenuti ed alle forme delle medesime dichiarazioni, in quanto provenienti da meri operatori economici privati mossi da pur legittime finalità di lucro, pur abilitati all’esercizio del credito, operanti a loro volta in un regime concorrenziale riconosciuto come asimmetrico rispetto alle imprese proprie clienti, ed intrattenenti possibili rapporti contrattuali anche con più operatori partecipanti alla medesima gara.

Ne consegue, nella fattispecie in esame, la correttezza del comportamento della ricorrente che, nella gara in esame, dichiarò di possedere i necessari requisiti economico finanziari presentando ben tre dichiarazioni bancarie (rispetto alle due richieste dal bando), una generica ancorché rimessa al libero apprezzamento del Comune committente, e due vere e proprie attestazioni di capacità economico finanziaria, in realtà mai smentite dalle Banche emittenti, come sopra considerato, né nella loro paternità, né nella loro veridicità al momento dell’emissione.

16 – Il motivo in esame deve essere quindi accolto, e con esso il ricorso, con il conseguente annullamento dell'atto impugnato e degli atti ad esso propedeutici o susseguenti, in quanto adottati in carenza dei necessari presupposti di legge e, quindi, in difetto d'istruttoria.

17 - L'accoglimento del ricorso nei predetti termini determina la carenza d'interesse della ricorrente all'esame del terzo motivo di censura (concernente la violazione e falsa applicazione di legge (d.lgs. n. 163/2006, art. 3 legge n. 241/1990, regolamento dell' ANAC 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 del d.lgs. n. 163/2006 adottato in data 27.3.2014, eccesso di potere, difetto di istruttoria, violazione del principio di legalità e di proporzionalità, eccessiva afflittività della sanzione, difetto di motivazione), che può ritenersi assorbito in quanto afferente alle modalità di svolgimento del procedimento amministrativo che ha condotto alla irrogazione di una sanzione risultata, viceversa, irrimediabilmente priva della necessaria base giuridica.

18 – La complessità e novità delle questioni giustifica, infine, la compensazione delle spese di giudizio.

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 gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)