

Pubblicato il 12/06/2018

N. 06528/2018 REG.PROV.COLL.
N. 11814/2017 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 11814 del 2017, proposto da MOTER S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Harald Bonura e Giuliano Fonderico, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Bonura Fonderico in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 173;

contro

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

- SOA Consult S.p.a., non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Italservizi 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ojetti, 114;

per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari, anche monocratiche, ex artt.

55 e 56 c.p.a.,

dei seguenti atti e provvedimenti:

- 1) nota di SOA Consult S.p.A., prot. U/221117/018 del 22.11.2017, ricevuta in pari data;
- 2) ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché ignoto, tra cui in particolare, ove occorrer possa e nella misura in cui siano lesivi degli interessi della ricorrente, la nota dell'ANAC prot. 0107009 del 13.09.2017, le note di SOA Consult S.p.A. del 22.09.2017, e prot. U/231017/029 del 23.10.2017; la nota dell'ANAC prot. 130117 del 24.11.2017, e la relativa annotazione inserita nel casellario informatico dell'Autorità;
- 3) ogni altro atto e/o provvedimento lesivo menzionato nel prosieguo del ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto cautelare monocratico di questa Sezione n. 6426/2017 del 29.11.2017;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 6941/2017 del 21.12.2017;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 9 maggio 2018 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con rituale ricorso a questo Tribunale, la MOTER s.r.l. (Moter) chiedeva l'annullamento, preve misure cautelari, dei provvedimenti in epigrafe, concernenti la dichiarazione di decadenza delle attestazioni n. 1624/72/09 dell'8.11.2016 e n. 1706/72/09 del 30.1.2017 che aveva sostituito la precedente (categoria OG1, classe IV), rilasciate da Soa Consult s.p.a. (Soa), e la relativa annotazione inserita dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC" o "Autorità") nel Casellario informatico della stessa Autorità.

Il provvedimento traeva origine dalla segnalazione di ANAC alla Soa avente ad oggetto di disporre accertamenti sulla documentazione esibita da Moter ai fini del rilascio delle attestazioni in questione, in seguito all'emersione di discrepanze nelle scritture contabili (tre specifiche fatture relative alla realizzazione di un manufatto agricolo) tenute dall'impresa, come riscontrate dalla Guardia di Finanza all'esito di accertamenti, in cui era emersa difformità tra quelle esibite e quelle inserite nel registro contabile, anche in ordine agli importi e all'oggetto.

Previa comunicazione di avvio del procedimento, la Soa dava luogo all'istruttoria, con partecipazione dell'impresa interessata, che culminava nel provvedimento finale, ove era affermato che *"...codesta SOA non può ritenere, con certezza, che le fatture prodotte dalla Moter S.r.l. (allora Moter s.a.s.) siano estranee da profili di falsità e ciò in disparte quanto sostenuto dall'operatore economico de quo circa la effettiva esecuzione dei lavori in parola. Pertanto deve ritenersi avverato il motivo di esclusione ex art. 80 comma 5 lett. g del D.lgs. 50/2016..."*.

La ricorrente, quindi, nel ricorso lamentava, in sintesi, quanto segue.

"I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 70, 79, 86, d.P.R. 207/2010; dell'art. 40, d.lgs. 163/2006; degli artt. 21, 23, d.P.R. 633/1972; dell'art. 20, d.lgs. 472/1997; dell'art. 80, c.5, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per incompetenza, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta".

La decisione della Soa, fondata sulla considerazione che Moter avesse

presentato documentazione falsa per ottenere l'attestazione in questione, richiamava unicamente la ritenuta irregolarità fiscale per ritenere applicabile l'art. 80 d.lgs. n. 50/16 cit., senza valutare che tale norma era inapplicabile, ai sensi dell'art. 216, comma 14, dello stesso decreto legislativo, in assenza del decreto ministeriale previsto dal successivo art. 83, per cui dovevano, semmai, essere richiamate le precedenti norme di cui al d.p.r. n. 207/2010.

Inoltre, tale normativa applicabile "pro tempore" non faceva alcun riferimento alla necessità di regolarità fiscale per ottenere la qualificazione ma solo al possesso dell'esperienza necessaria e all'effettiva esecuzione dei lavori che la dimostravano, ponendo in evidenza così profili sostanziali.

Il procedimento avviato, quindi, non avrebbe dovuto valutare la regolarità fiscale dei documenti che si riferivano all'esecuzione dei lavori ma il documentato possesso dei requisiti, legato all'effettiva realizzazione di tali lavori, che non solo le relative fatture potevano documentare.

Nel caso di specie si era dato luogo soltanto a irregolarità nella fase di registrazione, ascrivibili al soggetto che ne doveva avere cura, senza che per questo potesse desumersi la mancata realizzazione dei lavori, fermo restando che Moter ne aveva realizzati altri idonei all'attestazione in classe IV e che, tutt'al più, poteva essere disposta la retrocessione in classe III bis per la mancata regolarità delle fatture in questione riferite a quei specifici lavori, non certo la decadenza "tout court" dell'attestazione, anche perché non era stata valutata correttamente la copiosa documentazione depositata dalla ricorrente nel corso del procedimento, che attestava l'effettiva esecuzione dei lavori, con conseguente grave difetto di istruttoria.

"II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 70, 79, 86, d.P.R. 207/2010; dell'art. 40, d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza".

Il provvedimento impugnato non aveva raggiunto alcuna certezza sulla falsità della dichiarazione, pronunciandosi sia l'ANAC che la Soa con

formule dubitative che, proprio in quanto tali, non accertavano alcunché ed erano alla base di ulteriori approfondimenti che necessitavano di rigoroso riscontro probatorio, nel caso di specie assente.

“III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 40, c. 9-quater, d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione”.

L’iscrizione del provvedimento di decadenza nel casellario informatico da parte dell’ANAC, se inserita ai sensi della norma richiamata in rubrica, non era stata preceduta da una valutazione sulla sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, come invece prescritto.

Con il decreto cautelare monocratico in epigrafe la domanda ex art. 56 c.p.a. era respinta.

Si costituiva in giudizio l’ANAC, affidando a memoria per la camera di consiglio l’illustrazione delle sue tesi, orientate a rilevare l’infondatezza del ricorso nella parte in cui contestava l’iscrizione per violazione dell’art. 40, comma 9-quater, d.lgs. cit. e l’inammissibilità dello stesso nella parte residua, per carenza di interesse su impugnativa di atti non lesivi.

Anche la ricorrente depositava una memoria per la camera di consiglio e, all’esito di questa, era pronunciata l’ordinanza cautelare, pure in epigrafe evidenziata, con la quale era disposta la sospensione dei provvedimenti impugnati.

Proponeva successivamente intervento “ad opponendum” la Italservizi 2000 s.r.l., la quale evidenziava il proprio interesse a seguire il contenzioso per gli effetti di questo su una gara d’appalto bandita da Roma Capitale, a cui lei e Moter avevano partecipato.

In prossimità della pubblica udienza, le tre parti costituite depositavano memorie a sostegno delle rispettive tesi e, alla data del 9 maggio 2018, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, preliminarmente, non rileva l’inammissibilità del ricorso nel suo

complesso, come prospettato nella memoria dell'ANAC, dato che risulta esplicitamente impugnato il provvedimento con il quale è stata disposta la decadenza delle attestazioni indicate in narrativa, atto certamente lesivo della sfera giuridica della ricorrente. Così pure la conseguente annotazione, pur essendo atto consequenziale, è comunque impugnabile, perché lesiva, avanti a questo Tribunale, a differenza di quel che riguarda la mera segnalazione all'Autorità da parte di una stazione appaltante o di altro soggetto a ciò legittimato (Cons. Stato, Sez. VI, 20.11.17, n. 5331; TAR Lazio, Sez. I, 7.6.16, n. 6522; TAR Lombardia, MI, 20.11.15 n. 2462; Cons. Stato, Sez. V, 28.7.15 n. 3718 e 26.6.15, n. 3225).

Chiarito ciò e passando a esaminare il ricorso, il Collegio rileva che il procedimento risulta avviato ai sensi dell'art. 70, comma 7, d.p.r. n. 207/10, secondo il quale: *“Le SOA comunicano all'Autorità, entro il termine di dieci giorni, l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-ter, del codice”*.

Tale ultima disposizione, a sua volta, prevede che *“Le SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito. Le SOA hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA all'esercizio dell'attività di attestazione.”*

Valga anche richiamare il successivo comma 9-quater, secondo il quale *“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno 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 dell'articolo 38, comma 1, lettera m-bis), per un*

periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.”

Nel caso di specie, la Soa ha disposto la decadenza indicata, ritenendo che si fosse “*avverato il motivo di esclusione ex art. 80 comma 5 lett. g del D.lgs. 50/2016*”.

Tale norma, a sua volta, prevede che “*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:...* g) *l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione;*”.

Il Collegio, fatta tale premessa, ritiene che può prescindersi dall'esatta individuazione della scansione temporale sull'applicazione di tale norma, secondo quanto evidenziato da parte ricorrente nel primo motivo, in mancanza di adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 83, comma 2, d.lgs. cit. (con conseguente applicazione del d.p.r. n. 207/2010), dato che possono condividersi comunque le ulteriori deduzioni di merito di Moter.

La ricorrente, infatti, nel ricostruire il caso in esame, evidenzia che il procedimento di specie è da ricondursi all'art. 40 d.lgs. n. 163/2006 “*ratione temporis*” vigente.

In esso, si ricorda il su riportato comma 9-ter che fa riferimento alla accertata carenza dei requisiti previsti dal regolamento.

Quest'ultimo, agli artt. 78 e 79, prevede che:

Art. 78:

“1. I requisiti d'ordine generale occorrenti per la qualificazione sono quelli previsti dagli articoli 38, comma 1, e 39, commi 1 e 2, del codice.

2. L'Autorità stabilisce mediante quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano l'esistenza dei requisiti richiesti per la qualificazione. Di ciò è fatto espresso riferimento nel contratto da sottoscrivere fra SOA e impresa.

3. Per la qualificazione delle società commerciali, delle cooperative e dei loro consorzi, dei

consorzi tra imprese artigiane e dei consorzi stabili, i requisiti di cui all'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del codice, si riferiscono al direttore tecnico e a tutti i soci se si tratta di società in nome collettivo; al direttore tecnico e a tutti gli accomandatari se si tratta di società in accomandita semplice; al direttore tecnico e agli amministratori muniti di rappresentanza se si tratta di ogni altro tipo di società o di consorzio.

4. Le SOA nell'espletamento della propria attività richiedono il certificato integrale del casellario giudiziale ai sensi dell'articolo 39 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, nonché il documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 6.

5. Le SOA non rilasciano l'attestazione di qualificazione ai soggetti che, ai fini della qualificazione, hanno presentato documentazione falsa in relazione ai requisiti di ordine generale di cui al comma 1; le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che ordina l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 8, ai fini dell'interdizione al conseguimento dell'attestazione di qualificazione, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. Ove la falsità della documentazione sia rilevata in corso di validità dell'attestazione di qualificazione, essa comporta la pronuncia di decadenza dell'attestazione di qualificazione dell'impresa da parte della SOA che ne dà comunicazione all'Autorità, ovvero da parte dell'Autorità in caso di inerzia della SOA; l'Autorità ordina l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 8, ai fini dell'interdizione al conseguimento di una nuova attestazione di qualificazione, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.”;

Art. 79:

“1. I requisiti d'ordine speciale occorrenti per la qualificazione sono:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;*
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;*
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;*
- d) adeguato organico medio annuo...”.*

Ebbene, da nessuna di tali norme si evince che la mera irregolarità fiscale,

sia pure segnalata dalla Guardia di Finanza e/o dall'ANAC, possa essere prova dell'accertamento della carenza dei requisiti, ai sensi dell'art. 40, comma 9-ter, cit., orientandosi un'interpretazione logica della norma su una valutazione di ordine sostanzialistico, come sostenuto condivisibilmente dalla ricorrente nel secondo motivo di ricorso.

Nessun cenno al valore fiscale della documentazione contabile è effettuato infatti dal legislatore, sia esso quello del “vecchio” o del “nuovo” Codice degli appalti e del regolamento di cui al d.p.r. n. 207/2010 applicabile alla fattispecie, potendo semmai, l'impulso dato da Guardia di Finanza e ANAC essere solo utile ad approfondire la fattispecie, ma pur sempre sotto un profilo sostanzialistico, nel senso che tale riscontrata irregolarità – quale mancata trascrizione di fatture nelle scritture contabili obbligatorie - potrebbe essere mera “fonte di indizio” di una mancata esecuzione dei relativi lavori, con conseguente falsità di dichiarazione per ottenere l'attestazione rilasciata.

Ciò, però, stava a significare che la Soa non doveva soffermarsi solo sulla irregolarità fiscale stessa, come invece accaduto nel caso di specie - ove nel provvedimento del 22.11.2017 conclude nel senso che “...*la scrivente società non è in possesso di elementi tali da ritenere superate le criticità riscontrate dalla Guardia di Finanza e dalla ANAC*” - ma che, semmai, partendo da questa, doveva comunque verificare, attraverso una compiuta e rigorosa istruttoria, fondata anche sugli elementi di fatto forniti dall'interessata, se i requisiti di ordine generale erano comunque posseduti nella sostanza.

Nel caso di specie risulta che la ricorrente, giustificando l'irregolarità fiscale, sulla quale peraltro si pronunceranno altre Autorità, abbia fornito diversi elementi, anche nella presente sede oltre che nel corso del procedimento, atti a rilevare l'effettiva esecuzione dei lavori per i quali aveva ottenuto l'attestazione poi dichiarata decaduta.

Come osservato dalla ricorrente, è sintomatico il fatto che il provvedimento

di decadenza sia stato adottato nella stessa giornata del 22.11.2017 in cui Moter aveva inviato una memoria integrativa e dieci documenti a dimostrazione dell'effettivo svolgimento dei lavori in questione, con conseguente carenza di istruttoria come rilevata.

A ciò si aggiunga anche la condivisibilità di quanto lamentato nel secondo motivo di ricorso, in ordine ai profili meramente dubitativi con i quali si è espressa la Soa, laddove ha affermato che “...codesta SOA non può ritenere, con certezza, che le fatture prodotte dalla Moter S.r.l. (allora Moter s.a.s.) siano estranee da profili di falsità e ciò in disparte quanto sostenuto dall'operatore economico de quo circa la effettiva esecuzione dei lavori in parola”.

Prescindendo dal motivo di illegittimità sopra dedotto in merito alla considerazione sulla valutazione istruttoria orientata solo a verificare la regolarità fiscale, il Collegio rileva che l'indagine istruttoria su cui è chiamata a soffermarsi una Soa, ai sensi dell'art. 40, comma 9-ter, cit., deve essere particolarmente rigorosa e pervenire con termini di certezza probatoria, almeno dichiaratamente ritenuta tale, a conclusioni sfavorevoli alla sfera giuridica dell'operatore economico in attestazione (TAR Lazio, Sez. I, 3.4.17, n. 4132).

Ciò è chiarito dalla stessa ANAC, il cui Comunicato n. 65 del 12.7.2011 sui procedimenti ex art. 40, commi 9-ter e 9-quater, richiamato dalla ricorrente, afferma senza ambiguità che le verifiche “...dovranno essere condotte con la massima cura e puntualità, estendendo le indagini e i correlati approfondimenti sino al raggiungimento di profili di certezza”.

Nel caso di specie, dal tenore stesso del provvedimento impugnato, risulta invece che tali profili di certezza non siano stati raggiunti, esprimendosi la Soa in termini meramente dubitativi in ordine alla falsità dedotta.

Alla luce di quanto evidenziato, assume rilievo anche la fondatezza del terzo motivo di ricorso, in quanto la stessa ANAC nelle sue difese richiama l'intervenuta applicazione dell'art. 40, comma 9-quater, cit., sopra riportato,

che richiede, però, un'indagine autonoma dell'Autorità sulla riscontrata sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o colpa grave, che nel caso di specie risulta del tutto assente, non potendo valere le deduzioni di cui alla memoria difensiva in questa sede come elementi integrativi postumi di una istruttoria e di una conseguente motivazione mancante.

Per quanto illustrato, quindi, il ricorso deve trovare accoglimento.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, potendosi invece compensare con l'interveniente che si è limitata a configurare unicamente il suo interesse a seguire l'esito del 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 i provvedimenti di decadenza e di annotazione impugnati.

Condanna la Soa Consult s.p.a. e l'ANAC in solido a corrispondere alla società ricorrente le spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 oltre accessori di legge se dovuti, oltre quanto versato a titolo di contributo unificato. Compensa con la società interveniente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 9 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

L'ESTENSORE
Ivo Correale

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO