



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 72 del 2020, proposto da Costruzioni Bruno Teodoro S.p.A., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dello stesso in Palermo, via Nunzio Morello, 40;

contro

U.R.E.G.A. - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalto - Servizio Territoriale di Agrigento, non costituitosi in giudizio;

-Presidenza della Regione Siciliana - Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, in persona dei rispettivi legali rappresentanti “pro tempore”, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria per legge in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

Consorzio Stabile Emmecci S.r.l. e Consorzio Stabile Conpat S.C.A.R.L. (in seguito, Ati Conpat o anche solo Conpat), in persona dei legali rappresentanti “pro

tempore”, rappresentati e difesi dagli avvocati Carlo Comandè, Enzo Puccio e Patrizia Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell’avv. Carlo Comandè in Palermo, via Caltanissetta 2/D;

per la riforma

della sentenza breve del TAR della Sicilia - sezione prima - n. 187/2020, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per l’affidamento di lavori di realizzazione del tratto terminale della banchina di riva nord, dei piazzali retrostanti e opere di alaggio del porto di Sciacca (AG);

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza della Regione Siciliana e dell’Assessorato in epigrafe e di Emmecci S.r.l. e Consorzio Stabile Conpat S.C.A R.L., con i relativi allegati;

Viste le memorie e le repliche di Bruno Teodoro e Conpat;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il cons. Marco Buricelli nell’udienza pubblica dell’8 luglio 2020, svoltasi con partecipazione da remoto dei magistrati ai sensi dell’art. 84, d. l. n. 18/2020 e uditi, mediante collegamento da remoto ai sensi dell’art. 4, comma 1, d. l. n. 28/2020, gli avvocati Massimiliano Mangano, Carlo Comandè e Patrizia Stallone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Gli atti della procedura di gara in epigrafe, che ha visto quale aggiudicataria l’ATI Conpat – Emmecci (d’ora in avanti solo Conpat) sono stati impugnati dinanzi al TAR di Palermo, con ricorso e motivi aggiunti, dalla Costruzioni Bruno Teodoro, classificatasi seconda, soccombente in primo grado e odierna appellante.

Tra le censure formulate innanzi al Tribunale vi era quella secondo la quale l’ATI aggiudicataria, come rilevato nella sentenza impugnata nella esposizione in fatto

della vicenda, “sarebbe dovuta essere esclusa ... per non avere reso, in sede di gara, tutte le dichiarazioni a cui (era) tenuta e, in particolare, per non avere indicato l'esistenza di iscrizioni nel casellario informatico tenuto dall'ANAC, a carico del Consorzio Conpat s.c.a r.l. e a carico della Emmecci s.r.l., mandante dell'ATI aggiudicataria; iscrizioni relative a comportamenti che seppur non comporta(nti) l'automatica esclusione dalla gara, determinano l'obbligo di dichiararli, in quanto potenzialmente rilevanti per le valutazioni di competenza della stazione appaltante...”.

Più in dettaglio, nel rendere le dichiarazioni di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016 mediante la produzione del DGUE e la dichiarazione integrativa di cui al modello allegato, risulta che l'ATI Conpat (e la mandante Emmecci) ha dichiarato:

- ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità;
- ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) bis, di non aver tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della Stazione appaltante o cercato di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio oppure di aver fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero aver omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
- di non aver presentato nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere;
- di non essere iscritta nel casellario informatico tenuto dall'osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di sub appalti.

Invece, aveva sottolineato la Bruno Teodoro avanti al TAR, a carico del Consorzio Stabile Conpat risultano le seguenti due annotazioni nel Casellario informatico Anac:

- una annotazione risulta inserita il 14.3.2017, ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. r) e dd) del d.P.R. 207/2010, da cui emerge che “la S.A. amministrazione provinciale di

Catanzaro... ha comunicato di aver escluso dall'affidamento dell'appalto "Lavori per intervento integrato di ripristino dell'efficienza idraulica della fiumana Alaca" l'impresa Consorzio Conpat scarl. Ciò in quanto il Consorzio ha contemporaneamente partecipato sia come impresa singola, sia in avvalimento in qualità di ditta ausiliaria di altra concorrente, contravvenendo al dispositivo di cui all'art. 49, comma 8 del d. lgs. 163/2006";

- una seconda annotazione risulta inserita il 18.1.2013 ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. dd) del d.P.R. 207/2010, da cui emerge che "La Stazione appaltante Comune di Milano, con nota prot. n. 656193 del 12/9/2011 ...ha comunicato di avere escluso il Consorzio Conpat scarl dalla gara per l'affidamento (di lavori) ai sensi dell'art. 49 comma 8 del d.lgs. 163/06 per aver partecipato alla citata procedura sia in qualità di impresa ausiliaria di altra ditta, sia in proprio...".

Anche a carico della mandante Emmecci sono risultate alcune annotazioni. In particolare, con comunicazione prot. n. 12356 del 29.7.2015, acquisita al protocollo dell'Autorità al n. 100418 del 6.8.2015, la stazione appaltante "Agenzia del demanio - Direzione Regionale Sicilia" ha segnalato l'esclusione dalla procedura aperta per affidamento di un Accordo Quadro di cui all'art. 59 del d.lgs. 163/2006 per lavori, in applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio di cui agli artt. 38, comma 2 bis e art. 46, comma 1 ter, del d.lgs. 163/2006. Ciò, per il mancato adempimento alla richiesta con nota n. 9872 del 17.6.2015 di integrare la domanda di partecipazione alla gara con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio del fideiussore attestante il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiussore nei confronti dell'Agenzia del Demanio". L'annotazione risulta eseguita ai sensi del citato art. 8, comma 2, lett. dd) del d.P.R. n. 207/2010.

Vengono quindi in rilievo, in tesi, annotazioni nel casellario ANAC che, ancorché non comportanti l'automatica esclusione dalle gare pubbliche, determinano una serie di obblighi dichiarativi.

E poiché sussiste, in capo alla stazione appaltante, un potere di apprezzamento

discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti, costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all’amministrazione. Non avendolo fatto, tale omessa dichiarazione avrebbe integrato una causa di esclusione prevista dall’art. 80, comma 5, del d. lgs. n. 50/2016, con conseguente illegittimità dell’ammissione di Conpat e dei provvedimenti successivi per non avere la stazione appaltante tenuto conto di tale omessa dichiarazione, traendone le dovute conseguenze.

In proposito, nel ricorso al TAR la Bruno Teodoro richiama in particolare il contenuto dell’art. 80, comma 5 nei punti che seguono:

-lett. c), a norma del quale, nel testo vigente “ratione temporis”: “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, [...] c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

-lett. c-bis), l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

-lett. c-ter), l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”; (lettera c) sostituita dalle lettere c), c-bis) e c-ter) dall'art. 5 del decreto-legge n. 135 del 2018, convertito nella legge n. 12 del 2019);

- e lett. f –bis), secondo cui l'esclusione è, inoltre, disposta nei confronti de "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

2. Il giudice di primo grado ha respinto – oltre ad altre censure che qui e ora non sono più in discussione – anche il motivo sopra riassunto, motivando come segue:

“...sostiene la Costruzioni Bruno Teodoro s.p.a. che l'aggiudicazione disposta sarebbe illegittima in quanto l'amministrazione resistente non ha considerato che l'aggiudicataria è incorsa nella condizione espulsiva prevista dall'art. 80, comma 5, lett. f bis, del D.Lgs. n. 50/2016, per avere reso dichiarazioni non veritiere in ordine alle iscrizioni esistenti nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, a carico delle imprese facenti parte dell'A.T.I.

...pur non costituendo le vicende oggetto di iscrizione cause autonome di esclusione dalla gara, l'aggiudicataria avrebbe comunque dovuto dichiararle, per consentire alla stazione appaltante di effettuare consapevolmente le valutazioni di sua competenza sull'affidabilità professionale del concorrente; non avendolo fatto, sarebbe incorsa in una dichiarazione non veritiera, sanzionata con l'esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f bis, del D. Lgs. n. 50/2016.

La tesi non è condivisibile.

Affinché un partecipante ad una gara di appalto possa essere ritenuto responsabile di avere omissso una dichiarazione dovuta (omissione che, nella tesi della ricorrente, sarebbe assimilabile ad una dichiarazione non veritiera), è necessario che tale dichiarazione venga richiesta dagli atti di gara, ovvero da norme di legge comunque direttamente applicabili al relativo procedimento.

Nel caso che viene in rilievo non risulta alcuna disposizione degli atti di gara che richieda ai concorrenti di dichiarare qualsiasi iscrizione ad essi relativa, contenuta nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC - e comunque tale disposizione non è stata indicata dalla ricorrente - né tale obbligo può rinvenirsi dalle disposizioni contenute nel codice degli appalti.

In particolare l'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 indica quali sono i motivi di esclusione dalle gare di appalto e, per quanto riguarda le iscrizioni contenute nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, alla lett. g del comma 5, indica quelle relative alla presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione i fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione e, alla lett. f ter dello stesse comma 5, quelle relative alla presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara o negli affidamenti di subappalti.

Il successivo art. 85 indica invece quali sono gli obblighi dichiarativi dei partecipanti alle gare di appalto, facendo espresso riferimento all'obbligo di redigere e presentare il documento di gara unico europeo (DGUE).

Dall'esame di tale documento - come può agevolmente evincersi dai modelli redatti in occasione della gara per cui è causa, depositati in atti - non si rinviene l'obbligo di dichiarare qualsiasi iscrizione, relativa alla ditta partecipante, contenuta nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC; infatti a pagina 11 del modulo viene richiesto di dichiarare se il concorrente abbia subito iscrizioni per le ipotesi di cui alle lettere f ter e g dell'art. 80, ma non di dichiarare se sia stato iscritto per qualsiasi altra ragione.

Può essere in astratto condivisibile che la conoscenza delle ulteriori iscrizioni potrebbe essere utile a consentire alla stazione appaltante di avere un più chiaro quadro dei comportamenti dei partecipanti, al fine di esercitare consapevolmente i suoi poteri discrezionali, ma indipendentemente dal rilevare che tale scopo potrebbe essere facilmente raggiunto attraverso una verifica del casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, il Collegio non ritiene che possa esservi alcun dubbio che per potere arrivare alla conclusione che un partecipante abbia omesso una dichiarazione dovuta - sul presupposto che l'omessa dichiarazione equivalga ad una dichiarazione falsa - è necessario che tale dichiarazione gli sia stata richiesta.

E poiché l'obbligo di dichiarare qualsiasi iscrizione contenuta nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC non si rinviene dalle disposizioni

del Codice degli appalti, dovrebbe quanto meno essere esplicitato negli atti di gara, per poter giungere alla conclusione che un partecipante abbia omesso una dichiarazione dovuta.

Nel caso che viene in rilievo però gli atti di gara non contengono tale prescrizione, e conseguentemente non può ritenersi che l'aggiudicataria abbia omesso alcuna dichiarazione dovuta e, men che mai, abbia presentato dichiarazioni non veritiere, a norma dell'art. 80, comma 5, lett. f bis...” .

La motivazione della sentenza prosegue poi distinguendo il caso in decisione da quello definito con un precedente giurisprudenziale – Cons. Stato, V, n. 5838/2018 – segnalato dalla ricorrente; e rimarcando che “recenti decisioni del Consiglio di Stato tendono a circoscrivere l'obbligo dichiarativo ricadente sui partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, mettendo in rilievo le differenze che esistono, sul punto, tra la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 50/2016 e le disposizioni del precedente codice degli appalti (vedi in particolare Cons. di Stato 27 settembre 2019 n. 6490, e i diversi precedenti ivi richiamati).”

3. Con l'appello la Bruno Teodoro, in sintesi, imputa all'operatore controinteressato di avere taciuto circostanze (“i contenuti” delle annotazioni nel Casellario Anac) astrattamente idonee a integrare la causa di esclusione, prima di tutto, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), in tema di addebitabilità all'operatore economico di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, in relazione, come detto, alla omessa dichiarazione relativa alle iscrizioni nel casellario informatico Anac a carico, sia della Conpat, e sia della mandante Emmecci.

Viene poi in rilievo la causa di esclusione di cui alla lett. c – bis), dato che l'omessa dichiarazione delle annotazioni nel Casellario Anac avrebbe alterato il corretto svolgimento della procedura di gara.

Inoltre, le omesse dichiarazioni di Conpat ed Emmecci si concretizzerebbero, in tesi, in un “falso dichiarativo multiplo”, in quanto addebitabile sia alla mandataria e sia

alla mandante, il quale si colloca in una fase antecedente l'attività valutativa della stazione appaltante; in dichiarazioni non veritiere, od omesse dichiarazioni, anche solo singolarmente rilevanti, tali da consentire l'inquadramento della fattispecie nella causa di esclusione di cui alla lett. f – bis), sì che Conpat andava esclusa dalla procedura, e la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla revoca del provvedimento di aggiudicazione.

Parte appellante sottolinea poi che le annotazioni nel Casellario sono avvenute ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. r) e dd) del d.P.R. n. 207/2010, e cioè a seguito di esclusione da gare di appalto (lett. r) che si sostanziavano in notizie ritenute dall'ANAC "utili" (lett. dd), e cioè rilevanti ai fini della tenuta del Casellario, con la precisazione che le annotazioni stesse non rilevavano quale causa automatica di esclusione, spettando quindi alla stazione appaltante il potere di apprezzare discrezionalmente i fatti oggetto di annotazione; e ribadisce come le annotazioni a carico di Conpat e di Emmecci abbiano a oggetto condotte rilevanti quali gravi illeciti professionali.

Non può essere condivisa la posizione del TAR, per il quale le uniche annotazioni che andrebbero dichiarate sarebbero quelle previste alle lett. f ter) e g), ovvero quelle che danno luogo ad un motivo di esclusione automatica.

Nel respingere il ricorso, il giudice di primo grado ha finito con il trascurare la rilevanza potenziale, quali gravi illeciti professionali, delle condotte di cui si ha notizia dal Casellario.

Parte appellante richiama, quale precedente giurisprudenziale su vicenda analoga. Cons. Stato, V, n. 5838/2018, e reitera la domanda di tutela in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

4. L'Assessorato regionale alle infrastrutture ha svolto una difesa di forma.

5. Conpat – Emmecci si è costituita e ha ampiamente controdedotto, concludendo per il rigetto dell'appello.

6. Con memoria depositata in prossimità dell'udienza di discussione del ricorso nel merito, l'appellata ha eccepito la improcedibilità del ricorso in appello per

sopravvenuta carenza di interesse dal momento che, nell'ambito di una indagine penale avviata nel settembre del 2019 e avente a oggetto fatti corruttivi verificatisi, o comunque ipotizzati, nel corso di esecuzioni di appalti affidati all'Anas, la Procura della Repubblica di Catania ha emesso una richiesta di rinvio a giudizio ex art. 415 e ss. c.p.p. nei confronti del signor Francesco Bruno, sino al 25 ottobre 2019 legale rappresentante della Costruzioni Bruno Teodoro, e socio sino al 20 febbraio 2020, e nei confronti della medesima società appellante, rispettivamente, l'uno, per fatti attinenti al reato di corruzione (artt. 319 e 321 c.p.), l'altra, per l'illecito di cui agli artt. 5, 21 e 25, d. lgs. n. 231/2001 in relazione all'art. 319 – 321 c.p. . Parte appellata soggiunge che le indagini sono terminate e che il 15.2.2020 risulta essere stata emessa richiesta di rinvio a giudizio.

Poiché risulta che il legale rappresentante della società appellante ha reso a verbale dichiarazioni di completa ammissione di responsabilità nella commissione del reato contestatogli, da ciò discende la sopravvenuta carenza di interesse all'appello, integrando tale situazione in maniera indubitabile una ipotesi di grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d. lgs. n. 50/2016, con conseguente insussistenza dei requisiti di moralità professionale necessari per poter essere ammessi alle procedure, tenuto anche conto che in materia di appalti opera il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione. Né risulta che la Bruno Teodoro, assolvendo a obblighi dichiarativi gravanti sulla stessa, abbia informato la stazione appaltante in ordine a detto rinvio a giudizio.

Conpat conclude sul punto nel senso che, in ragione della riconducibilità della condotta ascritta alla Bruno Teodoro alla fattispecie dell'illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) cit., l'appellante non potrebbe conseguire il bene della vita perseguito, ossia l'aggiudicazione dei lavori per cui è causa e la susseguente stipula del contratto, in quanto priva dei requisiti di moralità prescritti dal Codice degli appalti.

La “sopravvenuta impossibilità per l'appellante di divenire aggiudicataria” a causa

del venire meno, in capo a essa, dei requisiti di moralità professionale richiesti “ope legis”, comporta la dichiarazione di improcedibilità dell’azione.

7.L’appellante ha controbattuto sul punto evidenziando che in quella diversa gara la Bruno Teodoro – il cui legale rappresentante si è dimesso da tempo – ha contestato gli addebiti e la stazione appaltante non ha ancora adottato alcuna determinazione definitiva.

8.All’udienza dell’8.7.2020, svoltasi da remoto e in video conferenza, le parti private hanno discusso specie sulla questione relativa alla improcedibilità dell’azione e la causa è quindi passata in decisione.

9.L’eccezione di improcedibilità dell’appello, riassunta sopra al p. 6. è infondata e va respinta.

Da una parte, il procedimento di revoca della differente aggiudicazione risulta soltanto avviato – e l’appellante ha dichiarato di esservi intervenuta formulando osservazioni - , ma non risulta concluso con una determinazione finale della stazione appaltante. D’altra parte, quantunque, in astratto e secondo un giudizio prognostico, le argomentazioni di Conpat appaiano alquanto suggestive; nondimeno, in una situazione ancora “in fieri”, come quella descritta sopra, questo giudice non potrebbe dichiarare l’improcedibilità dell’azione per sopravvenuto difetto di interesse, aderendo alla prospettazione di Conpat, senza anticipare, in modo chiaramente indebito (cfr. art. 34, comma 2, del c.p.a.), l’esercizio di un potere pubblico non ancora adempiuto, venendo così a sostituirsi, in modo del tutto improprio, alla autorità amministrativa competente ad agire, con riferimento a un potere amministrativo non ancora esercitato.

L’eccezione di Conpat dev’essere pertanto rigettata. Essa non è di ostacolo all’esame della controversia nel merito.

10.Nel merito, il percorso argomentativo che ha condotto il giudice di primo grado a respingere il ricorso appare condivisibile, sicché il Collegio ritiene che l’appello vada respinto e la sentenza di primo grado confermata, con le precisazioni e integrazioni motivazionali che seguiranno.

Nonostante l'ampiezza dei richiami giurisprudenziali operati da appellante e appellata, e specialmente dalla prima, il Collegio rimane convinto che la causa riguardi un caso di specie, del tutto peculiare, e che la definizione del ricorso non debba coinvolgere, "ex professo", la problematica della rilevanza delle iscrizioni nel Casellario Anac in rapporto a quanto dispone l'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016.

Come esposto al p. 1., Conpat ha tra l'altro dichiarato in sede di partecipazione alla gara di non avere presentato dichiarazioni non veritiere, e di non essere iscritta nel Casellario Anac, per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare.

Nella specie, come anticipato al p. 1., a carico di Conpat risultano due annotazioni nel Casellario Anac, rispettivamente in data 14.3.2017 (Amm. prov. Catanzaro), e 18.1.2013 (Comune di Milano), per avere, il Consorzio, contemporaneamente partecipato a una procedura di gara sia in proprio quale impresa singola e sia quale ausiliaria di altra concorrente. A carico della mandante Emmecci, risulta un'annotazione nel Casellario Anac del 6.8.2015 (Agenzia del demanio), per non avere Emmecci ottemperato alla richiesta di integrare la domanda di partecipazione alla gara con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio del fideiussore attestante il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiussore nei confronti dell'Agenzia del Demanio.

Questa la situazione, non contestata.

Ciò premesso, e precisato inoltre che dai verbali di gara risulta che il seggio avrebbe effettuato, su tutte le concorrenti ammesse, la verifica delle annotazioni risultanti dal Casellario informatico Anac; in primo luogo sono chiaramente infondati e vanno respinti i profili di censura, sopra sintetizzati al p. 3., con i quali parte appellante cerca di "collocare" in via diretta le (condotte ricavabili dal) le annotazioni nel Casellario Anac entro le situazioni, comportanti l'esclusione dalla procedura, descritte alle lettere c-bis) e c-ter) del comma 5 dell'art. 80 (la lett. c-bis) si riferisce all'operatore economico il quale abbia tentato di influenzare

indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; la lett. c-ter) riguarda la situazione dell'operatore economico il quale abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che abbiano causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili).

Da una piana lettura delle previsioni, la fattispecie in discussione chiaramente non rientra nel campo di applicazione delle lettere c- bis) e c-ter).

Lo stesso è a dirsi anche per la ipotesi di esclusione fondata sulla situazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), dato che le annotazioni nel Casellario Anac, per come "classificate", non riguardano dati inerenti a errori gravi o gravi negligenze o gravi illeciti professionali.

Al riguardo vale premettere che, a voler seguire l'impostazione dalla quale prende le mosse l'appellante, andrebbe considerato che l'art. 80, comma 12, del d. lgs. n. 50/2016, dispone che eventuali iscrizioni nel casellario informatico decise dall'Anac, nei casi previsti ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara, e in particolare in caso di false dichiarazioni o falsa documentazione rese con dolo o colpa grave sono consentite fino a due anni, decorso il quale periodo "l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia": sicché nella specie in nessun caso, perlomeno le annotazioni nel Casellario Anac 18.1.2013 (Comune di Milano) e 6.8.2015 (Agenzia del demanio) potrebbero considerarsi rilevanti (mentre Conpat ha presentato il plico di gara il 13.3.2019, pressochè allo scadere dei due anni dalla annotazione Anac (Prov. Catanzaro) del 14.3.2017. A parte il rilievo su esposto il quale, però, sempre a voler seguire l'impostazione dell'appellante, affievolirebbe in modo notevolissimo il valore (eventuale) delle annotazioni; come si diceva, la situazione dell'ATI Conpat non rientra nel campo di applicazione di cui al comma

5, lettera c).

Il precedente giurisprudenziale di cui alla sent. CGA n. 1039/2019, richiamato dall'appellante, e inerente a un illecito antitrust commesso dalla concorrente e sanzionato pecuniariamente dall'AGCM, non appare in alcun modo sovrapponibile al caso di specie.

Nella sent. CGA 1039/19 si precisa tra l'altro che "...la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico, la sua integrità o affidabilità, e pertanto “non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico” (punti 29 e 30); - la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso di riferirsi normalmente a un comportamento dell'operatore economico che denoti, da parte sua, un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità (punto 31);- “la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 (sentenza del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU.C.2014.2469, punto 35)” (punto 33)”.

Ora, l'aver dato rilievo, con il precedente giurisprudenziale suindicato, per classificare una condotta, dolosa o gravemente colposa del concorrente, come situazione di grave illecito professionale, a un illecito “antitrust”, oggetto di ammenda da parte della Autorità competente, non dichiarato da un concorrente in sede di partecipazione a una gara, consente di escludere, con riguardo alla vicenda odierna e pur seguendo, lo si ripete, la impostazione argomentativa dell'appellante, che le annotazioni suindicate dovessero essere oggetto di dichiarazione, in quanto, per la loro tipologia, chiaramente non rilevanti in vista del loro inquadramento nella situazione del dimostrato “grave illecito professionale” di cui alla lett. c). Le

annotazioni descritte sopra al p. 1. non assumono carattere sanzionatorio, né appaiono riconducibili a omesse dichiarazioni, ad esempio, di rilevanti precedenti penali o inadempimenti professionali, né risultano inserite da parte dell'ANAC dopo aver rilevato la sussistenza di condotte dolose o gravemente colpose dei concorrenti, rientrando invece dichiaratamente, tutte e tre, essenzialmente nella ipotesi "residuale e di chiusura" di cui all'art. 8, comma 2, lett. dd) del d.P.R. n. 207/2010, sulle annotazioni contenenti altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Autorità ritenute utili ai fini della tenuta del casellario; e ricadendo soltanto l'annotazione del marzo 2017 relativa alla gara di Catanzaro anche nella lettera r) - provvedimenti di esclusione dalle gare, ma non risultando tali annotazioni in nessun caso apposte né ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. s) del d.P.R. n. 207/2010, attinente a falsità delle dichiarazioni su requisiti e condizioni rilevanti per partecipare alle procedure, fattispecie specificatamente richiamata dal DGUE per giustificare la preclusione alla partecipazione, e né in base a quanto stabilito alla lettera p) del medesimo art. 8, inerente a casi di "negligenza o errore grave nell'esecuzione dei contratti ovvero (a) gravi inadempienze contrattuali".

Più in generale, l'art. 80, comma 5, sui motivi di esclusione inerenti a iscrizioni nel Casellario informatico Anac, alla lett. g) indica la situazione dell'operatore economico iscritto nel Casellario informatico Anac per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione; alla lett. f - ter dello stesso comma 5, si dispone che costituisce causa di esclusione la situazione dell'operatore economico iscritto nel casellario informatico Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.

La normativa non prevede un illimitato obbligo dichiarativo in capo alle imprese partecipanti alla gara.

Il successivo art. 85 indica invece quali sono gli obblighi dichiarativi dei

partecipanti alle gare di appalto, facendo espresso riferimento all'obbligo di redigere e presentare il documento di gara unico europeo (DGUE).

Dall'esame di tale documento - come può agevolmente evincersi dai modelli redatti in occasione della gara per cui è causa, depositati in atti - non si rinviene l'obbligo di dichiarare qualsiasi iscrizione, relativa alla ditta partecipante, contenuta nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC; infatti a pagina 11 del modulo viene richiesto di dichiarare se il concorrente abbia subito iscrizioni per le ipotesi di cui alle lettere f ter e g dell'art. 80, ma non di dichiarare se sia stato iscritto per qualsiasi altra ragione.

La legge di gara non prevede cioè un obbligo generalizzato di dichiarare tutte le annotazioni presenti nel Casellario Anac.

L'obbligo dichiarativo risulta circoscritto a iscrizioni / annotazioni nel Casellario per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione.

Ed allora, non qualsiasi annotazione, ma solo alcune annotazioni assumono valenza ai fini della partecipazione dei concorrenti ed in ragione della dichiarata gravità da parte dell'ANAC dei fatti ivi ascritti.

Del resto, "il combinato disposto di cui al comma 5, lettere c), ed f-ter), nonché di cui al comma 12 dell'articolo 80 del nuovo codice dei contratti pubblici, deve essere inteso nel senso di non annettere valenza univocamente escludente a qualunque falsità o omissione dichiarativa, ma di distinguere una duplice valenza, con effetti sia interni (in relazione alla singola gara in cui la falsità e/o l'omissione si è prodotta, e sanzionata con l'immediata e automatica esclusione dalla gara in base alle testuali previsioni di cui allo stesso art. 80, comma 5, lett. c), citato), sia esterni alla procedura in cui la circostanza si è verificata, in relazione a qualunque ulteriore e successiva gara, ove invece le disposizioni richiamate non dispongono affatto un illimitato obbligo dichiarativo in capo alle partecipanti alla gara né è dato inferire dalle stesse conseguenze escludenti anche a prescindere dalla valutazione che l'Autorità di settore abbia fatto dell'originaria falsità e/o omissione" (cfr. Cons.

Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490).

Ma se così è; se, cioè; la “lex specialis” di gara non imponeva ai concorrenti di dichiarare qualsiasi annotazione nel Casellario Anac, per quanto riguarda la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. f –bis), secondo cui “le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: ... f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere...”; in ordine alla verifica sul se sia veritiero o meno l’aver dichiarato alla s. a. che non vi sono iscrizioni / annotazioni Anac motivate dall’aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in una delle precedenti procedure di gara, occorre dare una risposta favorevole alla Conpat, nel senso che non si rientra in una situazione di omissione di dichiarazione dovuta, assimilabile a dichiarazione non veritiera, venendo in considerazione una dichiarazione concernente iscrizione / annotazione nel casellario Anac non richiesta, nei termini riferiti dall’appellante, dalla “lex specialis” né da norma di legge direttamente applicabile al procedimento.

Se dalla “lex specialis”, come argomenta la sentenza, non si ricava un obbligo di dichiarare qualsiasi iscrizione / annotazione nel Casellario Anac, per le considerazioni esposte sopra non costituisce dichiarazione non veritiera od omissione di dichiarazione dovuta l’aver barrato la voce NO anche con riferimento al seguente punto del DGUE, a pag. 11 –“iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. (Articolo 80, comma 5, lettera f-ter)”.

E se è pur vero che la conoscenza delle iscrizioni ulteriori rispetto a quelle relative ai casi di cui alle lettere f- ter) e g) potrebbe essere utile per consentire alla stazione appaltante di compiere valutazioni, a essa sola riservate, sulla sussistenza dei requisiti di affidabilità in capo ai concorrenti, è vero anche che nella vicenda “de qua” l’ammissione di Conpat alla procedura non risulta inficiata dall’ (addebito di)

omessa dichiarazione / dichiarazione non veritiera posto che la “lex specialis” di gara non imponeva ai concorrenti di dichiarare qualsiasi iscrizione / annotazione a essi relativa contenuta nel Casellario Anac.

Non ricorre la fattispecie della dichiarazione non veritiera per avere, Conpat, ritenuto di non fare menzione delle annotazioni Anac attraverso la dichiarazione / barratura “no” effettuata da Conpat / Emmecci in sede di domanda.

Infine, non risulta appropriato il richiamo operato dall’appellante a Cons. Stato, V, n. 5838/2018, di rigetto della impugnazione inerente a un’esclusione, la legittimità della quale era stata confermata in sede di appello, mentre nella vicenda odierna viene contestata un’ammissione alla gara, posto che in quel giudizio l’obbligo dichiarativo generalizzato, riferito a tutte le iscrizioni / annotazioni Anac, era desumibile da una esplicita previsione di gara, e inoltre l’annotazione Anac era stata inserita ai sensi dell’art. 8, comma 2, lett. p)-grave negligenza o errore grave nell’esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempienze contrattuali, anche in riferimento all’osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, a differenza di quanto avvenuto per le “annotazioni Conpat” sopra indicate.

Non può dirsi perciò che venga in questione un “falso dichiarativo multiplo”, o una dichiarazione non veritiera, o una omissione di dichiarazione dovuta.

Nel peculiare contesto “de quo” non ricorre la fattispecie della dichiarazione non veritiera per avere, Conpat, ritenuto di non fare menzione delle tre annotazioni Anac.

Di qui, il rigetto dell’appello.

Tuttavia, taluni profili di complessità della vicenda giustificano in via eccezionale la compensazione integrale delle spese del grado del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe

proposto, lo respinge confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del grado del giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il (già) legale rappresentante della società appellante Costruzioni Bruno Teodoro, signor Francesco Bruno.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio dell'8 luglio 2020 svoltasi da remoto in video conferenza, con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Giambattista Bufardecì, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Marco Buricelli

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.