

Publicato il 01/10/2024

N. 17002/2024 REG.PROV.COLL.
N. 09487/2022 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 Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9487 del 2022, proposto da
Consorzio Stabile Geco s.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

della Delibera ANAC n. 343 del 13 luglio 2022, notificata il 2 agosto 2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2024 il dott. Agatino Giuseppe Lanzafame 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 nota acquisita al protocollo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in data 28 settembre 2021, al n. 69880, la stazione appaltante Comune di Cuccaro Vetere ha riferito all'ANAC che, nell'ambito delle verifiche svolte in relazione alla procedura di gara avente ad oggetto la "Sistemazione versanti a rischio frana in località Madonna di Novi – Pendima a rischio instabilità a monte dell'abitato – Progetto finanziato con Decreto Interministeriale 30 dicembre 2019 – Contributi ai comuni per la realizzazione di opere pubbliche per la messa in sicurezza di edifici e del territorio anno 2020 – C.I.G. 86247519AC – Importo appalto € 693.993,56", era emerso che i mezzi dichiarati dal Consorzio Stabile Geco s.c.a r.l. (ausiliario della concorrente Radano Costruzioni s.r.l.) nel contratto di avvalimento prodotto alla s.a. non erano di proprietà «né del Consorzio, né delle sue consorziate» e che la ditta effettivamente titolare delle attrezzature (la Perruolo Inerti s.r.l.) non aveva «mai dato disposizioni ai fini dell'utilizzo delle medesime da parte di soggetti terzi».

2. Con nota 27 dicembre 2021, prot. n. 93160, l'ANAC ha quindi comunicato al Consorzio Stabile Geco s.c.a r.l. (d'ora in poi anche "il Consorzio") e alla stazione appaltante l'avvio del procedimento sanzionatorio ex artt. 80, comma 12, e 213, comma 13, d.lgs. 50/2016 nei confronti del predetto operatore economico.

3. All'esito dell'istruttoria, nell'ambito della quale il Consorzio ha spiegato le proprie difese, con delibera ANAC 13 luglio 2022, n. 343, l'Autorità ha irrogato all'o.e. una sanzione pecuniaria di € 1.000,00, ai sensi dell'art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, nonché una sanzione pari a giorni 15 di interdizione ex art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50/2016.

A sostegno della propria decisione l'Autorità ha evidenziato:

- che era incontestato che *«i mezzi indicati nel contratto di avvalimento non risultano essere nella disponibilità dell'ausiliaria Consorzio Stabile Geco s.c.a r.l. né di altra consorziata»* e che risultava acquisita agli atti del procedimento *«una comunicazione resa dalla Perruolo Inerti s.r.l. (titolare delle attrezzature) a seguito della richiesta di chiarimenti avanzata dalla stazione appaltante, in cui viene chiarito che i macchinari di cui trattasi non sono stati resi disponibili in favore dell'ausiliaria ... non essendo mai stato sottoscritto alcun tipo di documento che ne autorizzasse l'utilizzo da parte del Consorzio»;*

- che la responsabilità del Consorzio per la dichiarazione non veritiera contenuta nel contratto di avvalimento non veniva meno per il fatto che la disponibilità dei predetti mezzi era stata dichiarata da una delle imprese consorziate (la Geo Cantieri) in sede di adesione al Consorzio, e ciò in quanto *«il Consorzio avrebbe dovuto preventivamente accertare la titolarità o almeno la disponibilità dei macchinari messi a disposizione delle consorziate, così da evitare di indicare nel contratto di avvalimento mezzi in relazione ai quali né lo stesso Consorzio ... né altra consorziata, vantano alcuna possibilità di utilizzo»;*

- che l'omissione di diligenza addebitabile al Consorzio Stabile Geco s.c.ar.l. era *«connotata dal requisito di gravità in considerazione del comportamento concretamente tenuto dal medesimo in occasione della partecipazione all'affidamento indicato».*

4. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, il Consorzio GECO ha impugnato la predetta delibera ANAC 13 luglio 2022, n. 343 e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare.

4.1. A sostegno della propria pretesa, la ricorrente ha innanzitutto sottolineato:

- che in relazione alla gara indetta dal Comune di Cuccaro Vetere, il Consorzio Stabile Geco aveva concesso *«l'avvalimento alla Radano garantendo la disponibilità dei mezzi della Consorziata, Geo Cantieri del geometra Leo Luigi»;*

- che in sede di adesione al Consorzio, la Geo Cantieri di Luigi Leo, aveva *«trasmesso al GECO un elenco di mezzi, attrezzature, una SOA (che peraltro conferma*

la disponibilità di mezzi), atti di proprietà dei mezzi ed il contratto di noleggio con la Perruolo Inerti s.r.l. che il ricorrente ha accuratamente controllato all'ingresso e tutti i cespiti risultavano nella disponibilità della Geo Cantieri»;

- che «mai dopo l'ingresso la Geo Cantieri [aveva] comunicato la “modifica” dei cespiti o la cessione di quelli originariamente indicati»;

- che, come già comunicato in sede istruttoria all'Autorità resistente, dopo quanto emerso in sede di gara aveva subito «disposto la esclusione di Geo Cantieri dal Consorzio, riservandosi anche azioni civili contro la Geo Cantieri ed il suo titolare».

4.2. Tanto premesso in fatto, parte ricorrente ha articolato quattro motivi in diritto avverso la decisione impugnata.

4.2.1. Con il primo motivo ha lamentato l'illegittimità del provvedimento gravato per *«violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice degli appalti – violazione e falsa applicazione del d.p.r. 207 del 2010 – violazione e falsa applicazione dell'art. 213 del codice degli appalti – violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – eccesso di potere [e] sviamento»,* sostenendo in particolare:

- che l'Autorità non aveva tenuto conto del fatto che «all'atto della stipulazione del contratto di avvalimento con la Radano, il Geco non poteva minimamente sospettare la mancata disponibilità dei mezzi in capo alla Geo Cantieri s.r.l.»;

- che al GECO non potevano essere richieste ulteriori verifiche sulla disponibilità dei mezzi dichiarata da Geo Cantieri oltre a quelle effettuate al momento della sua adesione al Consorzio;

- che l'Autorità non aveva tenuto conto della buona fede del Consorzio, omettendo di considerare che lo stesso in sede di contratto di avvalimento aveva indicato «esattamente e specificamente i mezzi, i numeri di targa, matricole, ed anche il nominativo del Consorziato a cui i mezzi facevano riferimento», ovvero aveva fornito alla s.a. «tutte le notizie esatte, corrette e complete per poter effettuare tutti i controlli necessari»;

- che l'Autorità aveva omesso di valutare il comportamento complessivo tenuto dall'operatore economico, non considerando che il Consorzio aveva

«escluso la Geo Cantieri immediatamente dopo aver subito il provvedimento di esclusione da parte del Comune di Cuccaro»;

- che comunque la Perruolo Inerti s.r.l. non aveva mai contestato né disconosciuto *«il rapporto di noleggio con la Consorzata Geo Cantieri [ma si era limitata] a disconoscere solo il rapporto con il Geco [riconoscendo] implicitamente ... la esistenza del rapporto con la GEO Cantieri».*

4.2.2. Con il secondo motivo ha contestato la decisione adottata dall’Autorità per *«violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice dei contratti – violazione dell’art. 47 del codice – eccesso di potere [e] sviamento»*, ribadendo – in sostanza – che la nota della Perruolo Inerti s.r.l. dimostrava solo l’assenza di un rapporto “diretto” tra tale ultima società e il Consorzio, ma non era idonea a negare la disponibilità dei mezzi in capo alla consorzata Geo Cantieri (dei cui requisiti il Consorzio era autorizzato ad avvalersi ex art. 47, d.lgs. n. 50/2016).

4.2.3. Con il terzo motivo ha lamentato l’illegittimità della delibera impugnata per *«violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice dei contratti – eccesso di potere [e] sviamento»*, osservando che l’Autorità resistente non aveva adeguatamente motivato sulla sussistenza della colpa grave, omettendo di spiegare quali altre verifiche potesse effettuare il Consorzio Geco.

4.2.4. Con il quarto motivo ha contestato il provvedimento oggetto del giudizio per *«violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione dei principi in ordine alle responsabilità personali – eccesso di potere [e] sviamento»*, ribadendo che l’Autorità non aveva adeguatamente motivato in ordine all’elemento soggettivo necessario per l’irrogazione delle sanzioni e contestando altresì la commisurazione delle sanzioni inflitte.

5. Con memoria depositata in data 2 settembre 2022, l’Autorità resistente ha spiegato le proprie difese e ha insistito per il rigetto del ricorso.

6. Con ordinanza Tar Lazio, I-quater, 9 settembre 2022, n. 5728, questo Tribunale ha respinto la domanda cautelare avanzata dalla società ricorrente,

osservando che «*la dichiarazione resa dalla Perruolo Inerti s.r.l. ... appare idonea a provare che il Consorzio non aveva l'effettiva disponibilità dei mezzi oggetto del contratto di avvalimento al momento della sua stipula*» e che era «*indubbio che fosse dovere del Consorzio – tenuto conto della diligenza richiesta agli operatori economici che operano nel settore dei contratti pubblici (cfr. Tar Lazio, I-quater, ord. 18 marzo 2022, n. 1799) – verificare di avere l'effettiva disponibilità dei mezzi prima di stipulare il contratto di avvalimento*» e sottolineando altresì che «*al fine di elidere la responsabilità del Consorzio non può aver rilievo il fatto che “la disponibilità dei mezzi è stata fornita dalla consorziata Geo Cantiere s.r.l. in sede di adesione al Consorzio” e ciò sia in ragione del generale dovere del Consorzio di verificare la corrispondenza al vero di quanto dichiarato nell'ambito delle procedure di gara e di svolgere adeguati controlli sulla veridicità delle dichiarazioni rese dalla proprie consorziate (operazione, nel caso di specie, peraltro non particolarmente gravosa), sia in ragione del fatto che l'adesione della Geo Cantiere s.r.l. al Consorzio Geco è avvenuta in data 13 aprile 2016, ovvero cinque anni prima della stipula del contratto di avvalimento (circostanza che, in ogni caso, avrebbe dovuto indurre il Consorzio a svolgere puntuali verifiche sull'effettiva e attuale disponibilità dei mezzi della consorziata che concedeva in avvalimento)*».

7. Tale decisione è stata impugnata con appello cautelare iscritto al r.g. n. 7030/2022.

8. Con ordinanza Consiglio di Stato, V, 7 ottobre 2022, n. 4830, il giudice d'appello ha respinto l'appello cautelare, osservando «*che, impregiudicate le delicate questioni di fatto che dovranno essere esaminate nella trattazione del merito, appare dominante il difetto di periculum in mora, posto che – per un verso – il periodo di interdizione (determinato in quindici giorni) è decorso e – per altro verso – quanto al pregiudizio per le eventuali esclusioni da successive procedure di gara, trattandosi di ipotesi condizionate a un valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti, manca quantomeno il requisito dell'attualità del danno*».

9. Con note depositate in data 10 luglio 2024, il Consorzio ricorrente ha insistito per l'accoglimento delle proprie domande, affermando che non poteva essergli richiesta «*una diligenza tale da effettuare controlli “continui/senza*

soluzione di continuità” e che semmai dov[eva] essere la Consorziata (nella specie la GEO Cantieri) a dover “aggiornare” la disponibilità dei mezzi».

10. All’udienza pubblica del 18 luglio 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

11. **Il ricorso è infondato per le ragioni di seguito illustrate.**

12. Va innanzitutto rilevato che il contratto di avvalimento stipulato dal Consorzio ricorrente e la Radano Costruzioni s.r.l. è qualificabile come contratto di avvalimento tecnico-operativo, atteso che con il predetto contratto il Consorzio ricorrente ha messo a disposizione della società concorrente le «*capacità tecniche ed economiche di cui dispone e nello specifico la Categoria OG8 – VI*», obbligandosi in particolar modo a mettere a disposizione dell’ausiliata «*l’intera azienda ivi compreso il complesso dei beni, organizzato per l’esercizio dell’impresa, nonché certificazione di qualità ISO 9001:2015 compreso l’intero apparato organizzativo e strutturale che ci ha acconsentito di conseguire il requisito di qualità*» nonché una serie di mezzi e attrezzature, indicati in contratto e puntualmente individuati in un apposito allegato al contratto d’avvalimento medesimo (v. produzione documentale di parte ricorrente)

Tale precisazione appare necessaria.

È noto, infatti, che per consolidata giurisprudenza, «*in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l’esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificatamente indicate nel contratto, indispensabili per l’esecuzione dell’appalto che l’ausiliaria ponga a disposizione del concorrente*» (Consiglio di Stato, V, 30 marzo 2023, n. 3300).

Da ciò discende, per un verso, che la puntuale indicazione dei mezzi messi a disposizione dal Consorzio ausiliario nei confronti della società concorrente Radano Costruzioni s.r.l. era un elemento necessario del contratto di avvalimento; per altro verso, che l’impegno dell’ausiliario a mettere quegli specifici mezzi a disposizione della Radano Costruzioni s.r.l. presupponesse l’effettiva titolarità giuridica da parte del Consorzio del potere di disporre dei mezzi medesimi.

13. Tanto premesso sulla natura del contratto di avvalimento che viene in rilievo nel presente giudizio, il Collegio ritiene che non siano innanzitutto fondate le censure (articolate diffusamente nel primo e nel secondo motivo di gravame) con cui parte ricorrente ha sostenuto – in sintesi – l’insussistenza dell’elemento oggettivo della falsa dichiarazione, sottolineando, in particolare, che la dichiarazione della Perruolo Inerti non era tale da dimostrare l’insussistenza di un rapporto tra quest’ultima e la Geo Cantieri s.r.l., dei cui requisiti il Consorzio era autorizzato ad avvalersi ai sensi dell’art. 47, d.lgs. n. 50/2016.

13.1. A tal proposito, il Collegio osserva innanzitutto che:

- con il contratto di avvalimento il Consorzio ricorrente si è impegnato a mettere a disposizione della società Radano Costruzioni s.r.l. – tra l’altro – due camion ribaltabili 4 assi (un Volvo Track FM 12R84 e un Man 41.480F) rispettivamente targati CD153JH e DS868XB, un trattore per semirimorchio AH000118 Volvo Fmx 500 64T targato DL 969 XS e un furgone cassonato Iveco 50C13 targato CY733BT;
- tale impegno, all’evidenza, presuppone e contiene al suo interno, l’affermazione da parte del Consorzio medesimo di avere la disponibilità di detti beni.

13.2. Nell’ambito delle istruttorie di competenza (al fine di verificare la veridicità della dichiarazione di disponibilità di detti beni presupposta all’impegno sottoscritto con il contratto di avvalimento), il Comune di Cuccaro Vetere, prima, e l’Autorità Nazionale Anticorruzione, poi, hanno acquisito una dichiarazione della Perruolo Inerti s.r.l. che ha riferito che gli *«autocarri ribaltabili targati AC153JH e DS868XB, [i] trattori con semirimorchio targati DL969XS e AH00118 [e] l’autocarro cassonato targato CY733BT, sono di nostra proprietà e ... alla data di scadenza della gara del 22 marzo 2021, non sono stati resi disponibili ... al Consorzio stabile G.E.C.O. e che tra le parti la scrivente non ha mai sottoscritto nessun tipo di atto o documento legale che autorizza l’utilizzo e l’uso dei mezzi sopra indicati»*.

13.3. A fronte di tale dichiarazione, il Consorzio ricorrente non ha fornito prova né in sede procedimentale, né in sede processuale – come invero era suo dovere – di poter validamente disporre dei beni oggetto del contratto di avvalimento.

Il Collegio, infatti, ritiene inadeguato a tal fine il contratto di noleggio tra la Perruolo Inerti s.r.l. e la Geo Cantieri di Leo Luigi datato 5 ottobre 2020 depositato agli atti del presente giudizio in data 5 agosto 2022.

A tal riguardo, per un verso, deve sottolinearsi:

- che in maniera contraddittoria parte ricorrente ha sostenuto che tale contratto di noleggio le sarebbe stato fornito dalla Geo Cantieri di Luigi Leo *«in sede di adesione al Consorzio»* (cfr. ricorso, pag. 2) nonostante sia provato in atti che tale adesione risalga al 2016 (cfr. produzione documentale di parte ricorrente);

- che tale incongruenza (che non può essere in alcun modo considerata frutto di un *lapsus calami*, tenuto conto che la stessa è stata reiterata anche nei successivi atti di causa, cfr. note del 10 luglio 2024, pag. 4) è tale da inficiare la valenza probatoria della scrittura prodotta in atti (che peraltro non è munita di data certa);

- che la tesi sostenuta dal ricorrente (in sede processuale) secondo cui Geo Cantieri era in possesso di un valido contratto di noleggio in relazione a detti mezzi appare contraddetta da quanto dichiarato dallo stesso ricorrente, sia in sede procedimentale, sia in sede processuale, circa il fatto che – dopo aver subito l'esclusione del Comune di Cuccaro Vetere – il Consorzio Geco aveva *«disposto la esclusione di Geo Cantieri dal Consorzio, riservandosi anche azioni civili contro la Geo Cantieri ed il suo titolare»*.

Per altro verso, e comunque, deve evidenziarsi che il contratto di noleggio prodotto in atti prevedeva espressamente che i mezzi fossero utilizzati esclusivamente *«presso i cantieri in opera della società noleggiatrice»* e conteneva un'espressa clausola di divieto *«di cessione del contratto»*: circostanze che, in ogni caso, appaiono idonee a comprovare che il Consorzio ricorrente non aveva la

possibilità di disporre di detti mezzi – attraverso la stipula di un contratto di avvalimento – mettendoli a disposizione della Radano Costruzioni s.r.l. (rendendo del tutto irrilevante il richiamo di parte ricorrente al meccanismo del cumulo alla rinfusa ex art. 47, d.lgs. n. 50/2016).

13.4. In ragione di quanto sopra – non avendo dimostrato il Consorzio ricorrente di avere la disponibilità dei beni indicati nel contratto di avvalimento – non può che condividersi quanto accertato da ANAC in ordine alla sussistenza oggettiva del falso.

14. Parimenti infondate sono poi le censure articolate diffusamente nel primo, nel terzo e nel quarto motivo di ricorso, con cui parte ricorrente ha sostenuto – in sintesi – l'insussistenza dell'elemento soggettivo necessario per l'irrogazione delle sanzioni (o comunque in difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento gravato sul punto).

14.1. A tal riguardo, il Collegio ritiene innanzitutto opportuno ricordare che ai sensi degli artt. 80, comma 12, e 213, comma 13, d.lgs. n. 50/2016 l'irrogazione delle sanzioni adottate nel caso di specie non è subordinata all'accertamento del dolo dell'operatore economico, essendo sufficiente la sussistenza della “colpa grave” (in relazione alla sanzione prevista dall'art. 80, comma 12) e della “colpa” (in relazione a quella prevista dall'art. 213, comma 13).

14.2. Va poi ricordato che la giurisprudenza è costante nel rimarcare che nell'ambito di un settore sensibile quale è quello dei contratti pubblici, gli operatori economici devono importare il loro operato ad «*un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media, data la delicatezza e l'importanza degli interessi in gioco, sì da adottare regole e comportamenti improntati alla massima serietà ed efficienza*» (Tar Lazio, I, 19 maggio 2018, n. 5581, nonché I-*quater*, 28 giugno 2023, n. 10876, 26 febbraio 2024, n. 3726, e 17 aprile 2024, n. 7569).

14.3. Tanto premesso, nel caso di specie il Collegio ritiene che l'Autorità abbia correttamente ritenuto che il comportamento tenuto dal Consorzio ricorrente

sia stato connotato da colpa grave, osservando che questi, prima di sottoscrivere il contratto di avvalimento, «*avrebbe dovuto preventivamente accertare la titolarità o almeno la disponibilità dei macchinari messi a disposizione delle consorziate*». Già in sede cautelare, peraltro, questo Collegio ha avuto modo di evidenziare che il mancato svolgimento di puntuali controlli da parte del Consorzio ricorrente sulla sua effettiva disponibilità dei beni che concedeva in avvalimento integra una grave negligenza anche e soprattutto alla luce di due specifiche circostanze.

Per un verso, infatti, deve notarsi che:

- è stato lo stesso Consorzio ricorrente ad aver espressamente riferito (anche in sede processuale) di aver stipulato il contratto di avvalimento con Rada Costruzioni s.r.l. sulla base di quanto dichiarato dalla Geo Cantieri al momento della sua adesione (quindi, nel 2016);
- proprio la risalenza della dichiarazione resa il 13 aprile 2016 avrebbe dovuto indurre il Consorzio a svolgere (in prossimità della stipula del contratto di avvalimento, avvenuta oltre cinque anni dopo l'ingresso di Geo Cantieri nel Consorzio) puntuali verifiche sull'effettiva e attuale disponibilità dei mezzi di cui la consorziata aveva dichiarato la disponibilità.

Per altro verso, poi, deve notarsi che nel caso di specie l'attività di verifica e controllo che era richiesta al Consorzio (l'acquisizione di documentazione atta a confermare l'attuale disponibilità dei beni medesimi in capo alla consorziata, nonché l'effettiva possibilità di disporre da parte del Consorzio, attraverso l'interlocuzione con la consorziata e con la società proprietaria dei mezzi medesimi) non era affatto particolarmente gravosa e quindi inesigibile anche da soggetti a cui è richiesto un livello di diligenza particolarmente elevato (cfr. Tar Lazio, I-*quater*, 27 giugno 2024, n. 12966).

15. Infine, sono infondate anche le censure (spiegate nell'ultimo motivo di gravame) con cui il Consorzio ricorrente ha genericamente contestato la commisurazione delle sanzioni inflitte dall'ANAC (in misura prossima al

minimo), che – avuto riguardo a tutte le circostanze del caso – non appaiono affatto sproporzionate.

16. Per tutte le ragioni sopra spiegate, il ricorso è infondato e va rigettato.

17. Le spese processuali – tenuto conto di tutte le circostanze del caso – possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario, Estensore

Caterina Lauro, Referendario

L'ESTENSORE

Agatino Giuseppe Lanzafame

IL PRESIDENTE

Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO