

Civile Sent. Sez. U Num. 27770 Anno 2020

Presidente: TRIA LUCIA

Relatore: CIRILLO FRANCESCO MARIA

Data pubblicazione: 04/12/2020

SENTENZA

sul ricorso 945-2019 proposto da:

REKEEP S.P.A. (già Manutencoop Facility Management s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLE QUATTRO FONTANE 20, presso lo STUDIO GIANNI, ORIGONI, GRIPPO, CAPPELLI & PARTNERS,

373
2020

rappresentata e difesa dagli avvocati ANDREA ZOPPINI, SAVERIO STICCHI DAMIANI, ANTONIO LIROSI e MARCO MARTINELLI;

- ricorrente -

contro

ANAC – AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, in persona del Presidente *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 7271/2018 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/12/2018.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/10/2020 dal Consigliere FRANCESCO MARIA CIRILLO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale CARMELO SGROI, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Giorgio Vercillo per delega dell'avvocato Andrea Zoppini, Antonio Liroso, Saverio Sticchi Damiani e Carmela Pluchino per l'Avvocatura Generale dello Stato.

FATTI DI CAUSA

1. A seguito di segnalazione dell'Azienda ospedaliera Santobono Pausilipon di Napoli nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento triennale del servizio di pulizia delle strutture ospedaliere, l'Autorità nazionale anti corruzione (d'ora in poi ANAC), con delibera del 25 ottobre 2017, irrogò alla Manutencoop Facility Management s.p.a. la sanzione di euro 10.000 con annotazione nel casellario informatico di cui all'art. 38, comma 1-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con l'ulteriore sanzione di mesi sei di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto. Tale sanzione fu irrogata per la mancata

Full

produzione, da parte della società, della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lettera c), cit. in relazione ad una procuratrice speciale della società medesima (mancanza di eventuali condanne penali).

La società impugnò detta sanzione davanti al giudice amministrativo ed il TAR per il Lazio, nel contraddittorio con la costituita ANAC, accolse il ricorso, sul presupposto che la norma su cui si fonda il potere sanzionatorio facesse riferimento ai soli casi di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, e non anche a quello di dichiarazione omessa.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale l'ANAC ed appello incidentale la Rekeep s.p.a. (già Manutencoop Facility Management s.p.a.), e il Consiglio di Stato, con sentenza del 27 dicembre 2018, ha accolto l'appello principale, ha rigettato quello incidentale e, in riforma dell'impugnata pronuncia, ha respinto il ricorso proposto dalla società sanzionata, con compensazione delle spese.

2.1. In accoglimento dell'appello principale il giudice amministrativo, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ha osservato come l'omissione dell'obbligo dichiarativo stabilito dalla legge «integri, con ogni evidenza, una dichiarazione mendace», specialmente in un caso, come quello in esame, nel quale tale omissione si accompagnava «ad una dichiarazione consapevolmente incompleta circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006». Trattandosi, ad avviso del Consiglio di Stato, di procedura di evidenza pubblica, l'incompletezza delle dichiarazioni lede il principio di buon andamento dell'amministrazione; per cui l'espressione «presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione» di cui all'art. 38-ter cit. doveva ritenersi comprensiva non solo del falso commissivo, ma anche di quello omissivo, perché tale omissione «comporta la non

corrispondenza al vero della dichiarazione resa dalla concorrente e, pertanto, un'ipotesi di dichiarazione o documentazione non veritiera sulle condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara». Né poteva valere a mutare i termini del problema «la circostanza che a carico della procuratrice coinvolta in concreto non risultasse alcun precedente penale», non essendo ipotizzabile neppure il c.d. falso innocuo, figura non concepibile in relazione alla mancata dichiarazione di precedenti penali.

2.2. Quanto all'appello incidentale, il Consiglio di Stato ha rilevato, ai limitati fini che qui interessano, che la sentenza impugnata non meritava alcuna riforma nella parte in cui aveva chiarito che il dolo richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 38, comma 1-ter, cit. era da intendere come dolo generico, cioè come semplice consapevolezza della condotta tenuta; regola peraltro desumibile dalla giurisprudenza penale della Corte di cassazione. Non era necessario, perciò, né *l'animus nocendi* né *l'animus decipiendi*; e, d'altra parte, non poteva essere accolta la tesi della società Rekeep secondo cui l'omessa dichiarazione era avvenuta in buona fede.

Il provvedimento sanzionatorio impugnato, secondo il Consiglio di Stato, non si fondava sulla presunta esistenza di un comportamento contrario alla concorrenza, quanto piuttosto sulla omessa produzione della dichiarazione attestante il possesso dei requisiti fissati dalla legge.

3. Contro la sentenza del Consiglio di Stato propone ricorso la Rekeep s.p.a. con atto affidato a tre motivi.

Resiste l'ANAC con controricorso.

La società ricorrente ha depositato memoria.

Il Procuratore generale ha rassegnato conclusioni per iscritto accompagnate da una memoria integrativa, chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, con violazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost., degli artt. 360, n. 1) e 362 cod. proc. civ., degli artt. 7 e 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nonché dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Tesi fondamentale della censura in esame è che il Consiglio di Stato avrebbe «creato *ad hoc* una norma del tutto inesistente», indebitamente parificando l'omissione di un obbligo dichiarativo con una dichiarazione mendace. L'art. 38, comma 1-ter, cit. prevede espressamente la presentazione di falsa dichiarazione o di falsa documentazione nelle procedure di gara, e l'art. 8, comma 2, lettera s), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, prevede l'annotazione sul casellario informatico nel solo caso di falsità nelle dichiarazioni rese. Trattandosi di una fattispecie sanzionatoria, dovrebbe valere il principio di tassatività; tanto più che l'art. 38 cit., nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 39, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, nella legge 11 agosto 2014, n. 114, prevede un regime diverso per il caso della mancanza delle dichiarazioni sostitutive (art. 38, comma 2-bis), per il quale sussiste il c.d. soccorso istruttorio, con possibilità per la parte di regolarizzare la propria documentazione. Di talché, in definitiva, la sentenza impugnata, estendendo la portata sanzionatoria dell'art. 38, comma 1-ter, cit., avrebbe creato una norma inesistente, sconfinando nell'ambito riservato alla discrezionalità del legislatore.

2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore sotto un ulteriore profilo, con violazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost., degli artt. 360, n. 1) e 362 cod. proc. civ., degli

artt. 7 e 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nonché dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sostiene la società ricorrente che la sentenza impugnata avrebbe invaso il territorio di competenza del legislatore anche sotto un altro profilo, là dove ha affermato che la mera omissione documentale, che è alla base del provvedimento sanzionatorio impugnato, potesse integrare una falsità rilevante anche in assenza dell'intenzione di nuocere; una cosa sarebbe, infatti, l'omissione documentale, un'altra l'effettiva carenza dei requisiti richiesti dalla legge (nella specie, la ricorrente insiste sul fatto che la procuratrice responsabile dell'omissione possedeva, in realtà, tutti i requisiti). Il Consiglio di Stato, invece, avrebbe introdotto una sanzione ulteriore rispetto a quella dell'espulsione dalla singola gara, costituita dall'interdizione da tutte le gare e per un certo periodo di tempo; in questo modo, sostiene la ricorrente, il giudice amministrativo avrebbe creato una norma nuova, ulteriore ed autonoma rispetto a quella dell'art. 38, comma 1-ter, cit., applicando la sanzione dell'interdizione non in conseguenza di dichiarazioni false, bensì per la violazione dell'obbligo «di presentare una dichiarazione a comprova di un requisito effettivamente posseduto».

3. La trattazione dei motivi primo e secondo può avvenire congiuntamente, posto che entrambi pongono, sia pure con evidenti diversità, la questione del prospettato eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, ipotizzando che il Consiglio di Stato abbia creato, in sostanza, una norma «inesistente». In particolare, la contestazione si concentra sulla ricostruzione operata nella sentenza impugnata là dove essa ha osservato come l'omissione dell'obbligo dichiarativo stabilito dalla legge «integri, con ogni evidenza, una dichiarazione mendace», soprattutto nel caso in esame, nel quale «la stessa inescandibilmente si accompagnava ad una dichiarazione

consapevolmente incompleta circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, resa dal procuratore speciale della società in sede di dichiarazione sostitutiva ai fini della partecipazione alla gara».

3.1. È opportuno premettere che la giurisprudenza di queste Sezioni Unite, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018, ha già affermato che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non invece quando si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un *error in iudicando*, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione (sentenza 25 marzo 2019, n. 8311).

Analogamente, è stato affermato che il controllo del limite esterno della giurisdizione, che l'art. 111, ottavo comma, Cost., affida alla Corte di cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare *errores in iudicando* o *errores in procedendo* (ordinanza 10 maggio 2019, n. 12586); principio, questo, ribadito anche dalla più recente ordinanza 15 settembre 2020, n. 19168, la quale ha confermato che l'ammissibilità del sindacato da parte di queste Sezioni Unite non è in rapporto con la *gravità* o *intensità* del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, anche perché l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* distintivo dell'attività giurisdizionale (v. pure l'ordinanza 27 giugno 2018, n. 16974, secondo cui la mancata o inesatta applicazione di una norma di legge da parte del giudice

amministrativo non dà luogo alla creazione di una norma inesistente; nonché, risalendo più indietro nel tempo, l'ordinanza 28 gennaio 2011, n. 2068).

Deriva da questi precedenti – ai quali l'odierna pronuncia intende dare ulteriore continuità – che l'eccesso di potere per sconfinamento del giudice amministrativo nell'ambito riservato alla potestà del legislatore costituisce, come incisivamente ha rilevato il Procuratore generale nella sua requisitoria scritta, una «evenienza estrema e al contempo marginale nell'esperienza del diritto, che è nella legge ma anche nell'applicazione ed interpretazione che ne danno i giudici»; ragion per cui se il giudice amministrativo ha compiuto un'attività ricostruttiva del sistema interpretando la norma in un certo senso, l'eventuale errore dallo stesso commesso potrà, al più, ridondare in un *error in iudicando*, ma non trasmodare nell'eccesso di potere che abilita queste Sezioni Unite ad intervenire con una pronuncia cassatoria.

Il quadro normativo e ordinamentale non viene a mutare per la rimessione alla Corte di giustizia che queste Sezioni Unite hanno compiuto con la recente ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, posto che le questioni interpretative che il Giudice europeo è stato chiamato ad affrontare riguardano il più ristretto ambito del diritto dell'Unione europea, che esula dal caso odierno se non per quanto si dirà a proposito del terzo motivo di ricorso.

3.2. La contestazione che i primi due motivi del ricorso odierno pongono attiene alla corretta interpretazione dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede che in caso di «presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave (...) dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e

dagli affidamenti di subappalto (...) fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia».

La censura, come si è detto, contesta alla sentenza impugnata di aver equiparato, ai fini della norma in questione, la *omessa dichiarazione* (presente nel caso in esame) alla *falsa dichiarazione* (prevista dalla disposizione applicata); e richiama, a sostegno, l'istituto del c.d. *soccorso istruttorio* quale risulta dal testo del comma 2-*bis* del medesimo art. 38 a seguito dell'aggiunta inserita dall'art. 39, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, n. 90, convertito, con modifiche, nella legge n. 114 del 2014.

Rileva il Collegio che la sentenza impugnata non si è limitata ad affermare che l'omessa dichiarazione sia equiparabile alla falsa dichiarazione, ma ha svolto una complessa attività di interpretazione della norma in questione, ricordando che «completezza e veridicità della dichiarazione sostitutiva di notorietà sui requisiti per la partecipazione all'evidenza pubblica sono posti a tutela dell'interesse pubblico alla trasparenza e, al tempo stesso, alla semplificazione della procedura di gara». Di conseguenza, ha aggiunto il Consiglio di Stato, «in materia di partecipazione alle gare pubbliche d'appalto, una tale consapevole "omissione" non può essere distinta, quanto agli effetti distorsivi nei confronti della stazione appaltante che la disposizione in esame mira a prevenire e reprimere, dalla tradizionale forma di mendacio commissivo». Ciò in quanto «nelle procedure di evidenza pubblica l'incompletezza delle dichiarazioni lede di per sé il principio di buon andamento dell'amministrazione».

Si tratta, come facilmente può vedersi, di un'attività interpretativa complessa che il giudice amministrativo ha svolto inserendo la disposizione in esame nel contesto della normativa sugli appalti ed attribuendo alla medesima una delle possibili varianti di senso consentite dal testo.

Ne deriva, pertanto, che il primo motivo di ricorso è inammissibile, posto che non sussiste il lamentato sconfinamento nell'area della discrezionalità legislativa e che la doglianza non va oltre la soglia di un ipotetico *error in iudicando*, tale da non comportare il superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

3.3. Ancora più evidente è l'inammissibilità della censura prospettata nel secondo motivo, la quale pone due diverse questioni.

La prima riguarda la natura del dolo richiesto per integrare la fattispecie in esame. La sentenza impugnata contiene, a questo proposito, due affermazioni: la prima è che nell'ipotesi della mancata dichiarazione di precedenti penali non potrebbe operare il principio del c.d. falso innocuo; la seconda è che il dolo richiesto dall'art. 38, comma 1-ter, cit. non sarebbe il *dolus malus*, ma il semplice dolo generico. Entrambe le considerazioni sono criticate dalla parte ricorrente, la quale sostiene che la sentenza avrebbe svolto, ancora una volta, un'attività creativa del diritto.

La seconda questione riguarda, invece, il presunto automatismo della sanzione inflitta dall'ANAC; la società ricorrente lamenta che il Consiglio di Stato avrebbe introdotto «una sanzione ulteriore rispetto all'espulsione dalla singola gara (vale a dire l'interdizione da tutte le gare per un determinato periodo di tempo) non contemplata dalla legge per il caso di mere omissioni documentali».

Osserva il Collegio che entrambe le censure sono inammissibili in quanto attengono, ancora una volta, a presunti errori interpretativi che si traducono, a tutto voler concedere, in possibili *errores in iudicando*. Ciò vale in modo evidente per la censura relativa al dolo – questione che è tipicamente interpretativa della legge – ma anche per quella riguardante la presunta creazione di una sanzione ulteriore, per la quale valgono le considerazioni già espresse in precedenza.

4. Con il terzo motivo di ricorso si lamenta eccesso di potere giurisdizionale per contrasto con il diritto europeo, con violazione

dell'art. 111, ottavo comma, Cost., degli artt. 360, n. 1) e 362 cod. proc. civ., degli artt. 7 e 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nonché degli artt. 6 e 7 della CEDU e dei principi di determinatezza, tassatività ed irretroattività delle misure amministrative di natura sanzionatoria.

Il motivo in esame – dopo aver ricordato alcuni casi nei quali le sentenze del Consiglio di Stato sono state cassate per superamento dei limiti esterni della giurisdizione a causa del loro contrasto con i fondamentali precetti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – rileva che la misura dell'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche è sicuramente una misura afflittiva, anche per il disvalore sociale ed economico che apporta al destinatario. La sanzione ha, quindi, una valenza sia preventiva che repressiva e, come tale, deve soggiacere ai principi generali di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione. Nel caso in esame, quindi, la sanzione irrogata si colloca in un quadro giurisprudenziale «ove mai era stata enunciata la regola dell'equiparazione tra la mancata presentazione di una dichiarazione e quella della presentazione di una falsa dichiarazione avente ad oggetto fatti gravi e rilevanti». La sentenza costituirebbe, perciò, una sorta di precedente «a sorpresa»; e la giurisprudenza europea ha sempre affermato che il principio di irretroattività vale anche per i cambiamenti che vanno ad ampliare la portata di una norma sanzionatoria. Anche sotto questo profilo, quindi, la sentenza del Consiglio di Stato avrebbe travalicato i limiti imposti dal legislatore europeo.

4.1. Il motivo è inammissibile.

Rileva la Corte, innanzitutto, che è del tutto improprio il tentativo di paragonare la sanzione che è stata inflitta dall'ANAC nel caso odierno ad una sanzione penale; punto, questo, sul quale non è il caso di dilungarsi ulteriormente. Analogamente, non è corretto il richiamo al divieto di retroattività *in malam partem* che la parte

ricorrente collega alla presunta creazione, con un orientamento giurisprudenziale definito *a sorpresa*, di una norma sanzionatoria non prevista dall'ordinamento. Sotto quest'aspetto, infatti, la censura in esame finisce col riecheggiare quella del primo motivo, posto che la presunta violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU consegue, secondo l'assunto del ricorso, alla creazione di un'ipotesi normativa non prevista.

Neppure idoneo si presenta il richiamo alla sentenza della CEDU 14 aprile 2015 (caso Contrada), posto che, come ha osservato il Procuratore generale nella sua requisitoria scritta, i principi enunciati in quella sentenza non sono principi pilota, posto che non sono espressione di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea (così le Sezioni Unite penali di questa Corte nella recente sentenza 3 marzo 2020, n. 8544, imp. Genco).

Osservano le Sezioni Unite, infine, che l'orientamento che parifica la dichiarazione omessa alla dichiarazione falsa non costituiva affatto una novità nel momento in cui la decisione qui impugnata è stata assunta (si veda, in senso analogo, la sentenza 28 settembre 2015, n. 4511, del Consiglio di Stato, che esclude la possibilità del soccorso istruttorio). E l'Adunanza plenaria del medesimo Consiglio di Stato, nella recente sentenza 28 agosto 2020, n. 16 – dovendosi occupare della (sopravvenuta) disposizione dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – ha chiarito, in relazione ai comportamenti illeciti che possono determinare l'esclusione dalla gara, entro quali limiti sia possibile equiparare l'omissione delle informazioni dovute alle dichiarazioni false o fuorvianti. L'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato nel caso in esame, quindi, non costituiva una pronuncia *a sorpresa*.

5. Il ricorso, pertanto, è dichiarato inammissibile.

A tale esito segue la condanna della società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate ai sensi del d.m. 10 marzo 2014, n. 55.

Sussistono inoltre le condizioni di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, per il versamento, da parte della società ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso, se dovuto.

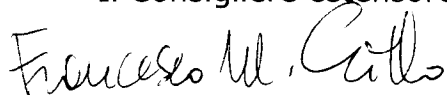
P.Q.M.

La Corte *dichiara* inammissibile il ricorso e *condanna* la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi euro 3.200, oltre le spese prenotate a debito.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, dà atto della sussistenza delle condizioni per il versamento, da parte della società ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 20 ottobre 2020.

Il Consigliere estensore



Il Presidente

