

Publicato il 02/01/2024

N. 00018/2024 REG.PROV.COLL.
N. 06862/2020 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6862 del 2020, proposto da Anas S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Pittori, Elisa Scotti, con domicilio eletto presso in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

del provvedimento n. -OMISSIS- del 10 giugno 2020 del Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali, Div.2 – Programmi Operativi Nazionali in materia di infrastrutture e trasporti, con cui si è ordinato il recupero delle somme indebitamente erogate ad Anas per il finanziamento delle opere afferenti la “-OMISSIS-”; della nota n. -OMISSIS- del 10 giugno 2020, con cui la medesima Amministrazione ha riscontrato la domanda di

accesso e le osservazioni presentate della società ricorrente; di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2023 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Anas S.p.A. ha impugnato e chiesto l'annullamento del provvedimento n. -OMISSIS- del 10 giugno 2020 del Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali, Div.2 – Programmi Operativi Nazionali in materia di infrastrutture e trasporti, con cui si è ordinato il recupero delle somme indebitamente erogate ad Anas per il finanziamento delle opere afferenti la “-OMISSIS-”; della nota n. -OMISSIS- del 10 giugno 2020, con cui la medesima Amministrazione ha riscontrato la domanda di accesso e le osservazioni presentate della società ricorrente; di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

In sintesi: con Decisione C(2007) 6318 del 7 dicembre 2007 la Commissione Europea ha approvato il Programma Operativo Nazionale reti e mobilità 2007-2013, previsto nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale per gli interventi strutturali nelle regioni italiane interessate all'Obiettivo Convergenza, poi modificato con Decisioni C(2013) 999 del 1° marzo 2013 e C(2013) 6852 del 21 ottobre 2013; in particolare, il regolamento CE n. 1083/2006 disciplina le modalità e i procedimenti di attuazione del PON, tra i cui beneficiari, ai sensi dell'art. 2, comma 4, è rientrata ANAS S.p.A., a favore

della quale è stata deliberata l'ammissione del finanziamento, a valere sul PON, del costo delle opere afferenti la “-OMISSIS-” – Codice -OMISSIS- – CUP: -OMISSIS-”; per la realizzazione di tali opere ANAS S.p.A. ha presentato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in qualità di “*Autorità di Gestione*”, un rendiconto delle spese, ammontante a complessivi euro 30.647.649,63: di tali costi ANAS S.p.A. è stata ammessa a finanziamento nella misura di euro 29.995.508,22, dei quali euro 22.496.631,17 a titolo di quota UE (FESR) ed euro 7.498.877,06, a titolo di quota nazionale (Fondo di Rotazione).

Di tali somme sono state materialmente erogate, a favore di ANAS S.p.A., euro 28.603.245,80; cosicché la stessa ANAS, in qualità di Amministrazione aggiudicatrice, ha bandito una procedura ristretta, ai sensi dell'art. 55, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006, dell'opera “-OMISSIS-” – Codice -OMISSIS- – CUP: -OMISSIS-” (codice gara -OMISSIS-), da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

È, poi, accaduto che, in esito alla gara, la commessa è stata aggiudicata, con provvedimento-OMISSIS- dell'8 agosto 2012 dell'Amministratore Unico di ANAS, in favore dell'RTI composto da -OMISSIS- e da -OMISSIS-, il quale ha proceduto alla realizzazione dell'opera, oggi ultimata con riferimento alle attività principali e aperta al traffico.

L'odierno contendere è nato, tuttavia, dalla circostanza che il Ministero, mediante l'impugnato provvedimento, ha disposto il recupero delle somme già erogate in favore di ANAS: segnatamente, ha ordinato, in quanto “*spesa irregolare*”, la “*restituzione della somma residua indebitamente erogata con riferimento al medesimo intervento “-OMISSIS-” - Codice -OMISSIS- - CUP: -OMISSIS-, in ragione di complessivi euro 22.285.270,22, di cui quota comunitaria euro 16.713.952,66 e quota nazionale euro 5.571.317,56*”.

A fondamento dell'adozione di tale provvedimento sono state opposte le risultanze delle indagini penali, svolte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, che hanno messo in luce l'esistenza di un sistema corruttivo coinvolgente taluni funzionari di ANAS; e l'impugnata restituzione è stata motivata sulle seguenti considerazioni:

a) con provvedimento del Prefetto di Roma del 29 aprile 2016 la -OMISSIS- è stata "commissariata" e sottoposta ad una gestione straordinaria, e tutto ciò a cagione dell'apertura delle indagini giudiziarie relative alla gara in esame, coinvolgenti anche l'anzidetta impresa;

b) l'Autorità di Gestione (cioè il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti) ha appreso del provvedimento di commissariamento dall'Autorità di Audit, e non da ANAS, la quale, inoltre, non è stata sollecitata nel fornire aggiornamenti sullo stato dell'indagine penale;

c) tale indagine ha condotto al rinvio a giudizio di alcuni funzionari di ANAS, tra cui una dirigente di alto livello, la quale ha definito la propria posizione con patteggiamento della pena: pertanto con sentenza del Giudice per le Indagini Preliminare del Tribunale di Roma n. -OMISSIS- del 28 novembre 2018 è stata alla stessa applicata una pena per aver turbato la gara -OMISSIS-, finalizzata all'aggiudicazione dei lavori di ammodernamento del tratto finale -OMISSIS-, aggiudicata all'RTI -OMISSIS-;

d) secondo l'Autorità di Gestione, quindi, l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori relativi alla -OMISSIS- sarebbe "irregolare" in quanto frutto dell'azione corruttiva, sopra indicata, essendosi procurato alla società -OMISSIS- l'acquisizione in modo illecito dell'appalto dei lavori;

e) i fatti così ricostruiti integrerebbero, oltre che violazione della Convenzione stipulata tra ANAS ed il MIT, anche la fattispecie dell'irregolarità, con carattere di frode, di cui agli artt. 2, par. 7, Regolamento CE 1083/2006 ed agli articoli 4 e 5 del Regolamento (CE, EURATOM) 2988/1995 del 18 dicembre 1995, e quindi determinerebbero l'obbligo, per l'Autorità di Gestione, di

recuperare tutte le somme versate ad ANAS quale rimborso per le spese relative alla realizzazione della Strada Statale -OMISSIS-.

La legittimità degli impugnati provvedimenti è stata censurata per i seguenti motivi:

1°) violazione dell'art.1, par.2, Reg. (CE) 2988/95 del 18 dicembre 1995, dell'art. 1 della Convenzione TIF del 1995, elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea [Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (95/C 316/03)], dell'art.27, lett.c., Reg. (CE) 1828/2006, eccesso di potere per difetto di motivazione e per carenza d'istruttoria.

2°) Violazione e falsa applicazione degli artt. 444 e 445, comma 1-bis, c.p.p.; illegittimità costituzionale dell'art. 445, comma 1-bis, c.p.p.

3°) Violazione dell'art. 2, par.1, n.7, Reg. 1083/2006, dell'art.98, par.2, del Regolamento (CE) 1083/2006 e dell'art. 135 Reg. EU/EURATOM 966/2012, violazione del principio di proporzionalità ed eccesso di potere per carenza istruttoria e per assenza di danno per il bilancio dell'Unione europea.

4°) Violazione degli artt. 7 e 8 della legge 241/1990.

Si è costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (8.9.2020).

Con ordinanza collegiale del 3 novembre 2020, -OMISSIS- è stata disposta *“l’acquisizione di alcuni elementi di informazione; segnatamente, ai fini del decidere appare necessario accertare: a) se la gara per l’aggiudicazione dei lavori relativi all’intervento “-OMISSIS-” - Codice -OMISSIS- - CUP: -OMISSIS-”, sia stata fatta oggetto, da parte di ANAS S.p.A., di atti di autotutela che abbiano portato all’annullamento dell’aggiudicazione per fatti connessi a quelli indagati dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, o, eventualmente, in dipendenza di diverse ed ulteriori illegittimità accertate dalla ricorrente, in qualità di stazione appaltante; b) in che modo i comportamenti di rilevanza penale indicati nel provvedimento impugnato avrebbero interferito – secondo quanto accertato dall’Autorità Giudiziaria penale - con la gara per l’affidamento dei lavori relativi alla “-OMISSIS-” - Codice -OMISSIS- - CUP: -OMISSIS-”:* sul punto risulta

necessario, in particolare, verificare: (i) se e quali violazioni della lex specialis di gara siano state commesse in conseguenza dei comportamenti di rilevanza penale, ed in particolare se siano stati violati i criteri di ammissione/esclusione alla gara, ovvero i criteri di valutazione delle offerte; (ii) se l'operatore economico, che in concreto si è reso aggiudicatario, dovesse essere escluso dalla gara per difetto di requisiti, o se dovesse essere esclusa la relativa offerta, in quanto non conforme al capitolato; (iii) se alla gara abbiano partecipato altri operatori economici, la cui offerta sia stata ritenuta ammissibile, e come tale valutata; (iv) se la gara sia stata aggiudicata al prezzo più basso o secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa; (v) ove esclusa l'offerta dell'operatore economico che in concreto si è reso aggiudicatario, quale offerta sarebbe risultata vincitrice, a qual prezzo e quale risparmio o maggior spesa avrebbe incontrato la stazione appaltante ANAS S.p.A.”.

È stata, nel contempo, prospettata alle parti “la possibile necessità di sottomettere alla Corte di Giustizia della Unione Europea una questione di interpretazione pregiudiziale della normativa europea di riferimento, onde stabilire se le “irregolarità” cui si riferiscono gli artt. 70 del Reg. CE n. 1083/2006 e 27 e segg. del Reg. CE n. 1828/2006 diano causa a recupero per il solo fatto del loro accertamento, o se, al contrario, il recupero consegua solo alla dimostrazione che le “irregolarità” hanno condotto a finanziare spese che, in mancanza delle suddette “irregolarità”, non sarebbero state finanziate, o sarebbero state finanziate con minore spesa a carico del bilancio dell’Unione Europea”.

In effetti, con ordinanza collegiale del 4 agosto 2021, -OMISSIS- è stato disposto il rinvio pregiudiziale al giudice comunitario delle seguenti questioni:
“I) se l’art. 70, par. 1, lett. b) del Regolamento UE n. 1083/2006, l’art. 27, lett. C) del Regolamento UE n. 1828/2006, l’art. 1 della Convenzione TIF di cui all’atto del Consiglio del 26 luglio 1995, l’art. 1, par. 2 del Regolamento n. 2988/95, e l’art. 3, comma 2, lett. b) della Direttiva UE/2017/1371, debbano essere interpretati nel senso che le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrino sempre nella nozione di “irregolarità” o “frode”, costituendo pertanto base giuridica per la revoca del contributo, anche quando non vi sia la

prova piena che tali condotte siano state effettivamente poste in essere, ovvero non vi sia la prova piena che siano state determinanti nella scelta del beneficiario;

II) se l'art. 45, comma 2, lett. d) della Direttiva 2004/187CE osti ad una norma, come l'art. 38, comma 1, lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006, che non consente di escludere dalla gara l'operatore economico che abbia tentato di influire sul processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, in particolare quando il tentativo sia consistito nella corruzione di alcuni componenti la commissione di gara;

III) in caso di risposta positiva a uno o entrambi i quesiti che precedono, si chiede se le norme richiamate debbano essere interpretate nel senso che impongono sempre la revoca del contributo, da parte dello Stato membro, e la rettifica finanziaria, da parte della Commissione, al 100%, nonostante tali contributi siano stati comunque utilizzati per il fine per cui erano destinati e per un'opera ammissibile al finanziamento europeo ed effettivamente realizzata;

IV) nel caso in cui la risposta al quesito sub III) sia negativa, ovvero nel senso che non è imposta una revoca del contributo, o una rettifica finanziaria del 100%, si chiede se le norme richiamate al punto I), ed il rispetto del principio di proporzionalità, consentano di determinare la revoca del contributo e la rettifica finanziaria tenendo conto del danno economico effettivamente cagionato al bilancio generale dell'Unione Europea: in particolare si chiede se, in una situazione tale quella oggetto del presente giudizio, le "implicazioni finanziarie", ai sensi dell'art. 98, comma 3, del Regolamento UE n. 1083/2006, possano essere stabilite in via forfettaria, mediante applicazione dei criteri indicati nella tabella sub paragrafo 2 della Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013".

Con sentenza dell'8 giugno 2023, n. C-545/21 la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulle questioni rimesse dal Tribunale.

Con la sentenza dell'8 giugno 2023 il giudice comunitario ha statuito:

- relativamente alla prima questione: "1) L'articolo 2, punto 7, del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999, dev'essere interpretato nel senso che: la nozione di «irregolarità», ai sensi di tale disposizione, comprende comportamenti che possono essere

qualificati come «atti di corruzione» praticati nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la realizzazione di lavori cofinanziati da un fondo strutturale dell'Unione europea e per i quali è iniziato un procedimento amministrativo o giudiziario, anche quando non è provato che tali comportamenti abbiano avuto una reale incidenza sulla procedura di selezione dell'offerente e non è stato accertato alcun danno effettivo al bilancio dell'Unione».

- relativamente alla terza e quarta questione: “2) L'articolo 98, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1083/2006 dev'essere interpretato nel senso che: in caso di «irregolarità», quale definita dall'articolo 2, punto 7, di tale regolamento, esso impone agli Stati membri, al fine di determinare la rettifica finanziaria applicabile, di procedere a una valutazione caso per caso, nel rispetto del principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione la natura e la gravità delle irregolarità constatate nonché la loro incidenza finanziaria per il fondo interessato”.

- la Corte non ha, invece, ritenuto di pronunciarsi sulla (seconda) questione, ossia se l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che non consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico che ha tentato di influire sul risultato di tale procedura, in particolare, tramite atti di corruzione attiva nei confronti dei membri della commissione di gara.

In vista dell'udienza di discussione del ricorso nel merito, fissata per il 20 dicembre 2023, le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche, insistendo nelle conclusioni rassegnate nei propri scritti difensivi; a tale udienza la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso va accolto parzialmente, nei sensi e nei limiti di seguito precisati.

Nell'ordinanza con cui si è disposto il rinvio pregiudiziale, la Sezione:

a) ha evidenziato che “*il Collegio ritiene di non poter affermare con certezza, in base agli elementi probatori a disposizione, che la gara -OMISSIS-, avente ad oggetto “-OMISSIS-” – Codice -OMISSIS- – CUP: -OMISSIS-” sia stata indebitamente*

aggiudicata all'RTI -OMISSIS-: v'è certamente il sospetto che ciò sia avvenuto, ma il Collegio non dispone al riguardo di una prova certa, dal momento che: a) non risulta essere stata effettuata alcuna indagine specifica per accertare come si siano svolte le operazioni della Commissione di gara; b) la Commissione era composta da 5 membri, dei quali solo 2 erano stati "sensibilizzati" a favore della -OMISSIS-; c) in sede penale non è stata accertata alcuna circostanza dalla quale si possa evincere che il progetto tecnico dell'RTI -OMISSIS- non meritasse il punteggio (di 55,5 punti) che ha riportato; d) non risulta che siano stati applicati, dalla Commissione, criteri, sottocriteri e punteggi diversi da quelli previsti dal bando; e) nessun ricorso risulta essere stato presentato contro l'aggiudicazione della gara a favore dell'RTI -OMISSIS-, in particolare dalla seconda e dalla terza classificata; e) non è noto, in definitiva, se ed in che modo i due funzionari di ANAS, che componevano la Commissione di gara e che sono stati coinvolti nella indagine penale, abbiano concretamente influito sull'attribuzione del punteggio per le offerte tecniche degli operatori economici?": dunque, la Sezione ha escluso di poter individuare specifici elementi di incidenza delle condotte penalmente rilevanti accertate in sede di indagine sullo svolgimento e sull'esito delle operazioni di gara;

b) ha, però, pure evidenziato che "l'unica "irregolarità" commessa nel corso della gara di cui si è discute, e di cui è stata raggiunta una prova parziale, consisterebbe nella condotta di -OMISSIS- finalizzata ad influire sulla decisione: tuttavia, a questo proposito, occorre rilevare che la gara, bandita nel 2012, era soggetta al D.lgs. n. 163/2006, il quale non conteneva una previsione che sanzionasse con l'esclusione dalla gara l'operatore economico che avesse cercato di influire sul processo decisionale della stazione appaltante, conformemente all'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, che non prevedeva esplicitamente la suddetta causa di esclusione, a differenza dell'art. 57, comma 4, lett. i) della vigente Direttiva 2014/24/UE. Pertanto l'illegittimità della aggiudicazione della gara a favore dell'RTI -OMISSIS- non può oggi, a posteriori, essere affermata neppure in considerazione dell'illecito comportamento tenuto dagli esponenti della -OMISSIS-": ha, quindi, dato atto della riferibilità di condotte penalmente rilevanti alla gara in questione, escludendo – ma sulla base di una valutazione preliminare, ancora non sottoposta al vaglio del giudice comunitario – che tali condotte potessero

atteggiarsi alla stregua di irregolarità pregiudicanti nel senso comunitario del termine.

Proprio su tale elemento si è concentrata una prima, dirimente, statuizione del giudice comunitario.

La Corte di Giustizia ha osservato che *“dal momento che i procedimenti penali sono tuttora pendenti al fine di valutare se i fatti di cui trattasi nel procedimento principale possano essere qualificati come «atti di corruzione», questi possono costituire, in tale fase, solo un «sospetto di frode», ai sensi dell'articolo 27, lettera c), del regolamento n. 1828/2006, ossia un'irregolarità che ha determinato l'inizio di un procedimento amministrativo o giudiziario a livello nazionale volto a determinare l'esistenza di un comportamento intenzionale”* (cfr. punto 23).

Ha soggiunto che *“la nozione di «irregolarità» è definita all'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, e, in termini analoghi, segnatamente all'articolo 1, paragrafo 2 del regolamento n. 2988/95, come qualsiasi violazione di una disposizione del diritto dell'Unione derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione mediante l'imputazione di spese indebite a tale bilancio”* (cfr. punto 27); e che *“l'esistenza di una «irregolarità», ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, presuppone il ricorrere di tre elementi, vale a dire, una violazione del diritto dell'Unione, un'azione o un'omissione di un operatore economico all'origine di tale violazione e un pregiudizio, attuale o potenziale, arrecato al bilancio dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, punto 51)”* (cfr. punto 29).

Ha, quindi, concluso che *“l'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «irregolarità», ai sensi di tale disposizione, comprende comportamenti che possono essere qualificati come «atti di corruzione» praticati nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la realizzazione di lavori cofinanziati da un fondo strutturale dell'Unione e per i quali è iniziato un procedimento amministrativo o giudiziario, anche quando non è provato che tali*

comportamenti abbiano avuto una reale incidenza sulla procedura di selezione dell'offerente e non è stato accertato alcun danno effettivo al bilancio dell'Unione” (cfr. punto 40).

Ad avviso del Collegio, il giudice comunitario ha avallato una nozione estensiva, diretta a punire il disvalore implicitamente insito nella commissione di condotte di carattere corruttivo nell'ambito di procedure di evidenza pubblica.

Condotte rilevanti anche nel caso si siano sostanziate in un “sospetto di frode” (cioè un prodromo dell'atto di corruzione), definito, ai sensi dell'articolo 27, lettera c), del regolamento n. 1828/2006, come “*un'irregolarità che ha determinato l'inizio di un procedimento amministrativo o giudiziario a livello nazionale volto a determinare l'esistenza di un comportamento intenzionale*”.

E che, soprattutto, non richiedono una verifica prognostica sugli effetti concretamente realizzati, nel senso che il disvalore è da ritenere già pregiudicante, cioè ha rilevanza “*anche quando non è provato che tali comportamenti abbiano avuto una reale incidenza sulla procedura di selezione dell'offerente e non è stato accertato alcun danno effettivo al bilancio dell'Unione*”.

L'interpretazione fornita dal giudice comunitario, perciò, deve ritenersi chiara nell'aver affermato che la penale rilevanza delle condotte costituisca “*atto di corruzione*” rilevante ai fini della violazione dell'art. 2, par. 1, n.7, Reg. 1083/2006.

Nella specie, è stato disposto il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria (-OMISSIS-) e di un suo consulente (-OMISSIS-) e, per quanto riguarda Anas, di tre funzionari (-OMISSIS-, che ha rivestito le funzioni di presidente della commissione giudicatrice; -OMISSIS-): imputazioni relative all'intendimento di avvantaggiare illecitamente la stessa società -OMISSIS- nel conseguimento della commessa.

La rilevanza di tale rilievo è stata esplicitata dalla Corte di Giustizia, secondo cui “*fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare, dagli elementi di cui dispone la Corte emerge che, nella causa di cui al procedimento principale, tenuto conto delle accuse di atti di corruzione diretti a influire sul procedimento decisionale di aggiudicazione*

dell'appalto pubblico di cui trattasi, non si può escludere che taluni membri della commissione di gara dell'ANAS abbiano favorito uno degli offerenti e discriminato i suoi concorrenti, violando così i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti, garantiti dall'articolo 2 della direttiva 2004/18” (cfr. punto 34).

In altri termini, risulta esaustivo che il capo di imputazione n. 24, relativo alla commissione del delitto previsto dagli artt. 110, 353 commi primo e secondo del codice penale (“*perché in concorso tra loro nelle qualità di cui ai precedenti capi 22) e 23) con doni, promesse, collusioni e altri mezzi fraudolenti turbavano la gara - OMISSIS- finalizzata all’aggiudicazione dei lavori di ammodernamento del tratto fine - OMISSIS- n. -OMISSIS-, lavori aggiudicati nel 2012 alla -OMISSIS- spa. Con l’aggravante dell’essere il -OMISSIS- persona preposta all’espletamento della citata gara indetta da ANAS spa*”) abbia trovato riscontro nel pendente procedimento giudiziario.

Il che risulta decisivo ai fini della legittimità del recupero indipendentemente dalla prova della decisività delle predette condotte in rapporto all’aggiudicazione della commessa, cioè dall’effettiva idoneità delle condotte penalmente rilevanti a condurre – come in effetti è accaduto – all’aggiudicazione dell’appalto in favore della società -OMISSIS-

Il Collegio deve, pertanto, registrare che ad avviso del giudice comunitario è sufficiente che siano state poste in essere condotte suscettibili di influire – anche potenzialmente – sul procedimento di gara: non è, dunque, liberatorio quanto prospettato in sede di rinvio pregiudiziale (e ripreso dalla difesa di Anas nella memoria conclusiva a pag. 6), ossia che “*allo stato non esiste un pronunciamento giurisdizionale, sia pure non definitivo, che dimostri che l’operatore economico -OMISSIS- ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell’amministrazione aggiudicatrice*”.

Un assunto, a dire il vero, sostanziato dal riferimento, nel preambolo dell’impugnato provvedimento, al “*decreto del Prefetto di Roma prot. n.-OMISSIS- del 29 aprile 2016, di commissariamento della Società -OMISSIS- con riferimento*

all'appalto avente ad oggetto la realizzazione della -OMISSIS- (art. 32 d.l. 24 giugno 2014 n. 90)''.

Parimenti rilevante è, inoltre, che relativamente al predetto capo di imputazione n. 24, nella sentenza del Giudice per le Indagini Preliminare del Tribunale di Roma n. -OMISSIS- del 28 novembre 2018 è stata dichiarata (ad oggi, soltanto) nei confronti della dirigente dell'ANAS S.p.A. -OMISSIS- l'interdizione in perpetuo dai pubblici uffici, l'estinzione del rapporto di lavoro e di impiego con l'ente di appartenenza e la confisca dei beni costituenti il profitto del reato e comunque dei beni di cui la predetta ha la disponibilità per un valore di euro 470.000.00.

Non è stato, invece, allegato alcun elemento diretto a dimostrare la circostanza – smentita *per tabulas* sulla base degli atti di causa – dichiarata dal difensore della società ricorrente in occasione della discussione finale, su precisa richiesta di chiarimenti da parte del Collegio, ossia che l'interdizione dai pubblici uffici e l'estinzione del rapporto di lavoro sarebbero stati disposti anche nei confronti degli altri due funzionari ANAS (-OMISSIS-- e -OMISSIS-).

Tali profili incidono in maniera non irrilevante sulla pronuncia indotta dalla seconda statuizione della Corte di Giustizia, secondo la quale *“in caso di «irregolarità», quale definita dall'articolo 2, punto 7, di tale regolamento, esso impone agli Stati membri, al fine di determinare la rettifica finanziaria applicabile, di procedere a una valutazione caso per caso, nel rispetto del principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione la natura e la gravità delle irregolarità constatate nonché la loro incidenza finanziaria per il fondo interessato”.*

Sotto tale profilo, nell'ordinanza di rinvio si è, tra l'altro, osservato che *“(ii) la gara si è svolta regolarmente, le operazioni di valutazione delle offerte sono state effettuate applicando i criteri della lettera di invito e sono state correttamente verbalizzate; i requisiti dichiarati dalla aggiudicataria sono stati verificati da parte degli uffici della Stazione Appaltante, sia in fase di prequalifica che in fase di verifica dei requisiti; entrambe dette verifiche hanno dato esito positivo; la Commissione, composta da 5 membri, ha accertato la*

completezza della documentazione e delle dichiarazioni rese dal suddetto concorrente e la relativa offerta economica è stata esaminata il 4 luglio 2012 nel rispetto dei criteri indicati nella lettera d'invito; (iii) in esito alla valutazione dell'offerta tecnica l'aggiudicatario RTI, composto da -OMISSIS- e dalla -OMISSIS-, ha conseguito un punteggio di 55,5 punti, a pari con l'RTI composto da -OMISSIS-; l'RTI -OMISSIS- si è aggiudicato l'appalto avendo presentato un ribasso del 31,1%, a fronte di un ribasso del 29,77% offerto dall'RTI -OMISSIS-; in particolare, la differenza di economica tra le offerte presentate dai citati operatori economici è risultata pari a euro 1.258.452,55; (iv) la terza classificata aveva offerto un ribasso ben più consistente, del 40,11%, ma il punteggio relativo all'offerta tecnica da essa conseguito era di molto inferiore, che non le ha consentito di scavalcare le offerte dell'RTI -OMISSIS- e dell'RT. -OMISSIS-; (v) avverso la decisione di aggiudicazione, a favore dell'RTI -OMISSIS- non è stato proposto alcun ricorso”.

Nella medesima ordinanza si è, inoltre, richiamata la Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013, relativa alla fissazione e all'approvazione degli orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie che la Commissione deve applicare alle spese finanziate dall'Unione, nell'ambito della gestione concorrente, in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici.

Tale Decisione precisa che: *“I presenti orientamenti definiscono una gamma di rettifiche (5%, 10%, 25% e 100%) da applicare alle spese relative ad un appalto. Essi tengono conto della gravità dell'irregolarità e del principio di proporzionalità. Questi tassi di rettifica sono applicati quando non è possibile quantificare con precisione le implicazioni finanziarie per l'appalto di cui trattasi. La gravità di un'irregolarità connessa al mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici e l'incidenza finanziaria che ne deriva per il bilancio dell'Unione sono valutate tenendo conto dei seguenti fattori: livello della concorrenza, trasparenza e parità di trattamento. Se il mancato rispetto delle norme ha un effetto dissuasivo sui potenziali offerenti o determina l'aggiudicazione di un appalto a un offerente diverso da quello che avrebbe dovuto ottenerlo, questo indica chiaramente che si tratta di un'irregolarità grave. Se l'irregolarità ha un carattere puramente formale, senza incidenze finanziarie effettive o potenziali, non si applica alcuna rettifica. (...) Una*

rettifica finanziaria del 100% può essere applicata per i casi più gravi, quando l'irregolarità favorisce determinati offerenti/ candidati o è connessa a una frode accertata da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente”.

La Corte di Giustizia ha evidenziato, in particolare, che “*conformemente a tale punto 1.3, secondo comma, un’irregolarità è considerata grave quando il mancato rispetto del diritto applicabile a un appalto pubblico, in particolare i principi di trasparenza e di parità di trattamento, comporta l’aggiudicazione di un appalto a un offerente diverso da quello che avrebbe dovuto ottenere tale appalto. Emerge inoltre, in particolare dall’ultimo comma di detto punto 1.3 che, quando l’irregolarità favorisce uno o più offerenti, può essere applicata una rettifica finanziaria del 100%*” (cfr. punto 47).

Nella specie, la difesa erariale ha stigmatizzato “*la sussistenza di comportamenti fraudolenti, penalmente sanzionati, che hanno irrimediabilmente inquinato l’affidamento. Quest’ultimo solo in apparenza risulta condotto correttamente, garantendo in tal modo, il risultato del pactum sceleris e tanto da aver potuto dar luogo alla stipula del relativo contratto d’appalto, alla sua esecuzione, al pagamento del corrispettivo ed alla rendicontazione delle spese sostenute per ottenerne il rimborso a valere sulla provvista finanziaria comunitaria. Solo grazie alle indagini ed ai provvedimenti della magistratura penale, tuttavia, a tale affidamento è stato tolto il velo di apparente legittimità; ciò ha imposto all’Autorità di Gestione del PON, titolare dei poteri di gestione e controllo dei finanziamenti comunitari del PON Reti e Mobilità 2007-2013 l’attivazione delle procedure di segnalazione della frode e di recupero degli importi rimborsati ad ANAS per spese non ammissibili a finanziamento comunitario”* (cfr. pagg. 8 – 9 della memoria conclusiva).

Ulteriore avallo a tale prospettazione, in effetti, potrebbe ricavarsi dal decreto del Predetto di Roma, adottato ai sensi dell’art. 32 del DL 90/2014, con cui si è disposto il commissariamento della società -OMISSIS- proprio con riferimento all’appalto oggetto del contendere.

Nella motivazione di tale provvedimento – che, sulla base di quanto allegato, non risulta essere stato impugnato – si è fatto riferimento all’ordinanza cautelare del GIP di Roma del 4.3.2016 (allegata agli atti del presente

giudizio), nella quale risulta che “in occasione del successivo interrogatorio, reso in data 03/12/2015, veniva richiesto alla -OMISSIS- di specificare meglio quale fosse la gara d'appalto oggetto della illecita vicenda corruttiva confessata. L'indagata -OMISSIS-, oltre a confermare quanto già dichiarato nel precedente interrogatorio, precisava sul punto: che effettivamente l'appalto cui aveva fatto riferimento era quello relativo alla gara -OMISSIS- aggiudicata in favore della ATI -OMISSIS- SPA - -OMISSIS-, relativa ai lavori di ammodernamento del tratto fine -OMISSIS- e Variante di -OMISSIS- - SS n. - OMISSIS-; che l'impresa -OMISSIS- era al corrente che parte della provvista corruttiva era destinata anche al -OMISSIS-; che, anche in questo caso, come nell'ipotesi dei rapporti corruttivi in essere con l'imprenditore -OMISSIS-, -OMISSIS- aveva favorito l'impresa a fronte della utilità consistente nelle prospettive di carriera e nella possibilità di contare, a detto fine, sull'appoggio dell'ex dirigente ANAS SPA -OMISSIS-; che lo stesso - OMISSIS- aveva il dovere morale di assecondare le volontà del -OMISSIS- in quanto da quest'ultimo "salvato", in una precedente occasione, allorquando rischiava il licenziamento”.

Nel decreto prefettizio si è sottolineato che “la -OMISSIS- dopo l'emissione dell'ordinanza cautelare ha avviato un percorso collaborativo con gli inquirenti - considerato particolarmente proficuo sia dai p.m. che dal gip, così come attendibili sono state ritenute le varie dichiarazioni rilasciate - con il quale ha riferito fatti di reato da lei e da altri posti in essere, che ha consentito, fra l'altro, di individuare ulteriori episodi corruttivi rispetto a quelli già emersi e fra questi quello relativo alla gara in oggetto. In particolare, con riferimento al caso in esame, la -OMISSIS- ha raccontato di aver ricevuto una cospicua provvista di denaro (200 mila euro) da dividere in parte con uno dei componenti della commissione di gara, per consentire alla -OMISSIS- spa di aggiudicarsi la gara indicata in epigrafe. Questa dichiarazione, pur non risultando riscontrata da elementi esteriori, è stata comunque ritenuta dal Gip presso il tribunale di Roma eteroriscontrata dall'esistenza di uno stabile rapporto di asservimento corruttivo della -OMISSIS- rispetto ai vertici della -OMISSIS-, tanto da giustificare l'emissione di ordinanza cautelare nei confronti del - OMISSIS- più volte citato con riferimento proprio ai delitti di corruzione e di turbativa della gara relativa al tratto della SS -OMISSIS- --OMISSIS-”.

Nel provvedimento di commissariamento si è, quindi, concluso che *“i fatti così come ricostruiti nel provvedimento restrittivo adottato dal Gip presso il Tribunale di Roma appaiono di per sé già connotati da quegli elementi che da soli potrebbero essere sufficienti a giustificare l'adozione della più grave misura del commissariamento dell'appalto di cui alla lettera b) dell'art. 32, precisandosi, inoltre, che, su tale piano, viene in rilievo, il carattere tendenzialmente seriale delle condotte, anche in una prospettiva di appalti futuri”*.

Nondimeno, nell'ordinanza collegiale con cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale al giudice comunitario si è fatto presente che *“il Collegio ritiene di non poter affermare con certezza, in base agli elementi probatori a disposizione, che la gara -OMISSIS-, avente ad oggetto “-OMISSIS-” (...) sia stata indebitamente aggiudicata all'RTI -OMISSIS-: v'è certamente il sospetto che ciò sia avvenuto, ma il Collegio non dispone al riguardo di una prova certa”*.

Se, allora, è difettata nel provvedimento impugnato la prova di una reale e concreta alterazione del “risultato amministrativo” della procedura di gara, l'interpretazione sottesa alla pronuncia del giudice comunitario non può giustificare e, quindi, determinare, quale automatica conseguenza, una rettifica finanziaria del 100%, viceversa applicabile, sulla scorta degli Orientamenti comunitari del 2013, *“nei casi più gravi quando l'irregolarità favorisce taluni offerenti o candidati o quando l'irregolarità riguarda frode accertata, come stabilito da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente”*.

Ne deriva che la sentenza della Corte di Giustizia ha imposto un rafforzamento della motivazione e, a monte, dell'istruttoria procedimentale.

Sotto tale profilo, occorre precisare che la rilevanza della sentenza con cui è stata applicata la pena su richiesta nei confronti della funzionaria ANAS -OMISSIS- non può certo essere derubricata alla luce della disciplina indotta dall'art. 25, comma 1, lett. b) del d.lgs. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia), che ha riformato l'art. 445, comma 1 bis del codice di procedura penale (stabilendo che *“la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il*

giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, alla sentenza di condanna. Salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna").

Perciò, deve ritenersi ancora affidabile l'orientamento secondo cui *“la sentenza ex artt. 444 e 445 c.p.p. non prescinde dall'accertamento della responsabilità penale dell'imputato in quanto il giudice, nonostante la richiesta concorde delle parti, non può emettere la pronuncia di patteggiamento se ricorrono le condizioni per il proscioglimento perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso ovvero perché il fatto non costituisce reato, per cui rimane impregiudicata ai fini disciplinari - considerato che ai sensi dell'art. 445, comma 1 bis, ultima parte, c.p.p., salve diverse disposizioni di legge, la sentenza de qua è equiparata ad una pronuncia di condanna - l'efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 5 novembre 2018, n. 6259; id., sez. III, 15 gennaio 2021, n. 497).

Tale accertamento, sicuramente irretrattabile, su uno dei tre funzionari Anas, dev'essere, però, rapportato alla verifica circa l'effettiva compromissione del livello della concorrenza, trasparenza e parità di trattamento, queste ultime costituendo ulteriori parametri per l'esatta e legittima determinazione della percentuale di rettifica finanziaria.

Sotto tale punto di vista, nel corso del giudizio è stata disposta con ordinanza 3 novembre 2020, -OMISSIS-, una verifica sull'andamento della procedura di evidenza pubblica, in particolare chiedendosi alla società Anas di verificare se, *“ove esclusa l'offerta dell'operatore economico che in concreto si è reso aggiudicatario, quale offerta sarebbe risultata vincitrice, a qual prezzo e quale risparmio o maggior spesa avrebbe incontrato la stazione appaltante ANAS S.p.A.”*.

Con riguardo a tale quesito il responsabile della Direzione Appalti ha fatto presente che *“la Commissione di gara ha attribuito all'offerta del RTI -OMISSIS- (ora -OMISSIS-) – -OMISSIS- (progettisti indicati: -OMISSIS-) un punteggio complessivo*

per i criteri individuati dal Bando di gara e dalla lettera di invito (come specificati al precedente punto (iv)) di cui alle lett. b, c, d, e, f pari, complessivamente, a 55,500 punti. Il medesimo punteggio (55,500 punti) era stato attribuito dalla Commissione di gara anche al RTI -OMISSIS-. (progettisti indicati: -OMISSIS-). A seguito dell'apertura delle offerte economiche la Commissione ha rilevato che mentre il RTI CCC – -OMISSIS- aveva offerto un ribasso pari a 31,10000% (per un importo pari a € 65.193.519,37) il RTI -OMISSIS- aveva offerto un ribasso pari a 29,77000% (per un importo pari a € 66.451.971,92)”; ed ha soggiunto che “la differenza economica delle offerte presentate dal concorrente primo e secondo graduato – inteso come risparmio per la Stazione Appaltante - è pari a €. 1.258.452,55”, sebbene precisando che “tale risparmio di spesa non fosse il maggiore possibile per la Stazione Appaltante (ad es. il Concorrente -OMISSIS- aveva offerto un ribasso del 40,11002% per un importo complessivo pari a €. 56.668194,06)”, ferma restando la vincolatività della selezione dell'offerta migliore – rivelatasi, appunto, quella della compagine capeggiata dalla società -OMISSIS- – sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il che compendia l'ulteriore quesito “*se e quali violazioni della lex specialis di gara siano state commesse in conseguenza dei comportamenti di rilevanza penale, ed in particolare se siano stati violati i criteri di ammissione/esclusione alla gara, ovvero i criteri di valutazione delle offerte*”: al quale il predetto responsabile ha risposto affermando che “*non sono state commesse violazioni della lex specialis*”.

In sede di riedizione del potere, perciò, il Ministero resistente dovrà verificare quanto significato da Anas in punto di attendibilità e appropriatezza delle valutazioni della commissione giudicatrice: una valutazione che, in ragione della competenza tecnica di tale Ministero, non è stata compiuta in occasione dell'istruttoria che ha condotto all'impugnato provvedimento di recupero e che, comunque, può essere agevolmente eseguita.

In ragione di tale verifica il MIT dovrà, quindi, esprimersi sull'irrogazione di una rettifica finanziaria del 100% (sarebbe a dire in una conferma della misura

applicata) o, piuttosto, sull'applicabilità delle altre, alternative e vincolate, percentuali (5%, 10% o 25%).

Non è, inoltre, considerare che, ai sensi dell'art. 32 del DL 90/2014, convertito nella legge 114/2014, *“nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva”*.

Dunque, ai fini di una corretta ponderazione degli elementi diretti a sostanziare la misura della rettifica finanziaria non si potrà prescindere dalla sterilizzazione *ex lege* di qualsiasi utile in capo al soggetto che verosimilmente avrebbe illecitamente ottenuto la commessa e che ha, comunque, eseguito i lavori, ormai ultimati.

Nei sensi e nei limiti espressi in motivazione, il ricorso va accolto.

La novità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti espressi in motivazione.

Spese compensate.

Ordina 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 10 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 le vicende penali riferite nella presente sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere, Estensore

Giuseppe Grauso, Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO

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