



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5264 del 2011, proposto da:

“TITANEDI S.p.a.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. Angelo Clarizia, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

il MINISTERO DELL’ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede è domiciliato per legge in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 35 del 2012, proposto da:

“TITANEDI S.p.a.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. Angelo Clarizia, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

il MINISTERO DELL’ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede è domiciliato per legge in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia

quanto al ricorso n. 5264 del 2011:

- del decreto del Dirigente generale del Ministero dell’economia e delle finanze 1 giugno 2011 n. 8 di rigetto dell’istanza di autorizzazione ex art. 37 del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010;
- del parere reso dall’Avvocatura generale dello Stato non conosciuto;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, successivo e consequenziale.

quanto al ricorso n. 35 del 2012:

- del decreto del Dirigente generale del Ministero dell’economia e delle finanze 23 novembre 2011 n. 8bis di rigetto dell’istanza di autorizzazione ex art. 37 del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, successivo e consequenziale.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Vista la costituzione in entrambi i giudizi dell’Amministrazione intimata e i documenti prodotti;

Vista l'ordinanza n. 3178 del 2 settembre 2011 emessa in sede cautelare da questo Tribunale;

Esaminate le ulteriori memorie con i documenti prodotti;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Stefano Toschei 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 il ricorso rubricato al n. R.g. 5264 del 2011 la Società Titanedi S.p.a. ha impugnato il decreto del Dirigente generale del Ministero dell'economia e delle finanze 1 giugno 2011 n. 8 di rigetto dell'istanza presentata dalla medesima società al fine di ottenere l'autorizzazione ex art. 37 del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

Come è noto il citato art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010 ha consentito nel nostro Paese agli operatori aventi sede in Stati a fiscalità privilegiata (c.d. black list, elencati nel decreto del Ministro delle Finanze 4 maggio 1999, pubblicato nella GURI del 10 maggio 1999, n. 107 e nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2001, pubblicato nella GURI del 23 novembre 2001) di essere legittimati a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici previo atto di autorizzazione rilasciato dal Ministero dell'economia e delle finanze. La norma prevede che il rilascio di tale autorizzazione è subordinato alla previa individuazione dell'operatore economico, individuale o collettivo, mediante la comunicazione dei dati che identificano gli effettivi titolari delle partecipazioni societarie, anche per il tramite di società controllanti e per il tramite di società fiduciarie nonché alla identificazione del sistema di amministrazione e del nominativo degli amministratori e del possesso dei requisiti di eleggibilità previsti dalla normativa italiana. La definizione della suindicata procedura abilitativa è stata affidata ad un decreto ministeriale (D.M. 14 dicembre 2010).

Nel dettare le prescrizioni necessarie per il rilascio della suindicata autorizzazione, il D.M. 14 dicembre 2010 ha:

1) ricordato che la ridetta autorizzazione costituisce condizione necessaria per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni, per gli affidamenti in subappalto, nel caso di avvalimento e per la stipula dei relativi contratti;

2) stabilito (in particolare all'art. 3) che il rilascio dell'autorizzazione è subordinato all'indicazione dei seguenti dati: a) atto costitutivo e eventuali provvedimenti di autorizzazione, ove richiesti dalle leggi nazionali; b) generalità dell'imprenditore individuale; c) ragione sociale; d) sede sociale ed eventuali sedi secondarie; e) sede amministrativa; f) generalità del soggetto tenentario delle scritture contabili; g) oggetto sociale; h) capitale sociale sottoscritto e versato; i) generalità del legale rappresentante ovvero dei rappresentanti delegati della società; j) generalità dei titolari delle quote di partecipazione sociale, anche per il tramite di società controllanti, controllate e fiduciarie; k) sistema di amministrazione; l) generalità degli amministratori e possesso dei requisiti di eleggibilità, conformemente alla normativa italiana; m) generalità dei sindaci e dei soggetti esterni incaricati della revisione contabile, eventualmente nominati; n) data di approvazione del bilancio;

3) ha precisato che l'operatore richiedente l'autorizzazione indica altresì le vicende modificative verificatesi negli ultimi cinque anni dalla data di presentazione dell'istanza concernenti la denominazione, l'oggetto sociale, le quote di partecipazione e gli organi di amministrazione della società;

4) ha stabilito che i dati necessari per il rilascio dell'autorizzazione siano documentati ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2001 ed in conformità alle disposizioni dell'art. 3 del DPR 28 dicembre 2000 n. 445.

Nel caso di specie la società ricorrente, successivamente alla presentazione dell'istanza, si è vista prima preavvisare del mancato accoglimento della stessa in quanto sarebbe stata omessa la dichiarazione concernente il possesso, in capo agli amministratori in carica e agli amministratori cessati dalla carica nel quinquennio antecedente la data di presentazione dell'istanza, dei requisiti di eleggibilità richiesti dalla normativa italiana per come stabilito espressamente dall'art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010 e dall'art. 3 del D.M. 14 dicembre 2010 e poi, dopo avere trasmesso la documentazione richiesta, ha ricevuto il provvedimento di diniego contenuto nel decreto del Dirigente generale del Ministero dell'economia e delle finanze 1 giugno 2011 n. 8, nel quale era contestata la mancanza della "espressa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di eleggibilità in capo agli amministratori della società Titanedi SpA, limitandosi l'istante al mero elenco dei nominativi degli amministratori in carica, senza rendere tuttavia alcuna dichiarazione circa il possesso da parte degli stessi dei requisiti di eleggibilità ai sensi della normativa italiana".

2. – Nell'impugnare il suddetto decreto dirigenziale la Titanedi rappresenta di avere rispettato tutte le prescrizioni richieste dalla normativa in questione al fine di ottenere l'autorizzazione richiesta, tanto che nel presentare la domanda ha utilizzato il format predisposto dal competente Ministero, "indica(ndo) i nominativi e le generalità degli amministratori in carica ed allega(ndo) per tutti il certificato dei carichi pendenti, il casellario giudiziale ed il certificato di non avvenuto fallimento, interdizione e inabilitazione" (così, testualmente, a pag. 6 del ricorso introduttivo), mentre nessuna disposizione ha previsto che analoga allegazione dovesse riguardare gli amministratori cessati dalla carica.

Riferisce nel contempo la società ricorrente che, dopo aver ricevuto il preavviso di diniego, essa ha ritenuto di dover comunque corrispondere a quanto indicato dal Ministero e quindi ha fornito a quest'ultimo "una dichiarazione sostitutiva, circa il possesso dei requisiti di eleggibilità sia in capo agli amministratori in carica sia in capo agli amministratori cessati dalla carica nel quinquennio antecedente alla data di presentazione della domanda" (così, testualmente, a pag. 8 del ricorso introduttivo).

Lamenta la ricorrente che il Ministero, con l'atto impugnato, ha ritenuto di negare la richiesta autorizzazione in quanto, sulla scorta di ulteriori approfondimenti ed in seguito all'acquisizione di ulteriori "notizie attinenti ai requisiti di moralità degli amministratori e soci della società (...) appare (...) non rispondente al vero la dichiarazione del legale rappresentante, Cristina Serra, che afferma il possesso in capo a Bianchini Simona dei requisiti di eleggibilità "per quanto a sua conoscenza", non potendo la stessa ignorare la pendenza del procedimento penale e della sentenza del tribunale di Rimini, quantomeno per il clamore mediatico della stessa" (in tal senso si veda il provvedimento gravato e la memoria difensiva dell'Amministrazione a pag. 4). Viene infatti contestato dal Ministero che:

A) i soci di Titanedi S.p.a.. Bianchini Marco, Bianchini Maurizio e Bianchini Simona (ed altri) sono stati ritenuti responsabili dal Tribunale penale di Rimini, con sentenza del 29 aprile 2011, del reato di omessa dichiarazione ai fini delle imposte dirette di cui all'art. 5 del decreto legislativo n. 74 del 2000 e condannati alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione, con l'applicazione di pene accessorie tra le quali quella dell'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese per la durata di un anno e, per il medesimo periodo, della incapacità di contrarre con la P.A.;

B) nei confronti del socio di Titanedi S.p.a. Bianchini Marco pende innanzi al Tribunale di Roma un procedimento penale per il reato di cui all'art. 353 c.p. perché quale rappresentante legale della Società Karnak, partecipando ad una gara telematica indetta da Consip, con mezzi fraudolenti consistiti nell'autocertificare dichiarazioni non rispondenti al vero, in particolare attestando di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro per

disabili ex legge n. 68 del 1999, turbava lo svolgimento del pubblico incanto aggiudicandosi la gara anche grazie alla falsa autocertificazione.

Conseguentemente, tenuto conto che “la disciplina recata dall’art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010 è posta a presidio dell’interesse pubblico della tutela del mercato nazionale e comunitario e del suo libero dispiegarsi secondo le regole della effettiva e leale concorrenza, evitando distorsioni della par condicio degli operatori e delle condizioni di libera concorrenza atte a pregiudicare il funzionamento del mercato comune” e che “il Ministero dell’Economia e delle Finanze ha, pertanto, il compito di verificare che l’operatore economico, stabilito in un Paese terzo non comunitario e inserito in una black list fiscale, dia garanzie di affidabilità sia sul piano del rispetto della normativa antiriciclaggio sia sul piano del regolare assolvimento degli obblighi tributari (...) (e che) non (è) revocabile in dubbio il potere della PA di valutare l’istanza non solo sul piano meramente formale, bensì anche su quello sostanziale, al fine di prevenire fenomeni patologici di notevole gravità destinati a pregiudicare il corretto svolgimento dell’attività amministrativa nel delicato settore degli appalti pubblici”, da tutto ciò deriva che “l’idoneità della società Titanedi SpA a essere contraente della PA italiana può considerarsi ragionevolmente compromessa, essendo presenti nella compagine societaria, nell’esecutivo e negli organi di controllo della stessa soggetti nei cui confronti si sono verificate vicende e sono in corso indagini penali in relazione a fatti atti a incidere sulla affidabilità dell’operatore istante”, decretandosi il rigetto della richiesta di autorizzazione.

La sussistenza di tale potere di approfondimento in capo all’Amministrazione procedente è contestata dalla Titanedi in quanto una siffatta attribuzione non emerge né dalla norma di legge né dal decreto ministeriale di attuazione. Nel contempo l’affermazione ministeriale va opposta anche nel merito, in quanto, in particolare con riferimento alla posizione di Bianchini Simona, “una condanna di primo grado intervenuta dopo la presentazione dell’istanza, non può certamente incidere sull’eleggibilità del soggetto istante, né può costituire una falsa dichiarazione” (così, testualmente, a pag. 8 del ricorso introduttivo).

Da qui la richiesta di annullamento giudiziale dell’atto impugnato.

3. – Si è costituito in giudizio il Ministero intimato contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo, sul presupposto della legittimità del provvedimento impugnato e del corretto comportamento assunto dagli Uffici nella specie, la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 3178 del 2 settembre 2011, questo Tribunale ha accolto l’istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente allo scopo di “ordinare all’Amministrazione resistente di riesaminare l’istanza alla luce delle rilevanze documentali e delle relative deduzioni processuali”.

4. – In seguito alla decisione assunta dal Tribunale nella sede cautelare, il competente ufficio ministeriale provvedeva ad adottare, a seguito di ulteriore istruttoria, il decreto del Dirigente generale del Ministero dell’economia e delle finanze 23 novembre 2011 n. 8bis con il quale veniva confermato, dopo un nuovo preavviso di diniego, l’esito sfavorevole all’accoglimento dell’istanza di autorizzazione avanzata da Titanedi.

Nell’atto di conferma del diniego il Ministero chiarisce di:

a) avere rivalutato “il complesso dei riscontri documentali e delle circostanze di fatto riferibili all’istanza presentata da Titanedi S.p.A. per il rilascio dell’autorizzazione esclusivamente, secondo iussum iudicis, sotto il profilo relativo a Bianchini Simona, restando per il resto valide tutte le argomentazioni e le motivazioni richiamate a sostegno del decreto di rigetto n. 8/2011, sulle quali il giudice amministrativo non ha imposto alcun obbligo di riesame”;

b) poter confermare “il giudizio negativo in ordine all’assenza di presupposti per il rilascio dell’autorizzazione sia per l’incompletezza della documentazione e la non veridicità delle dichiarazioni rese dal legale rappresentante pro tempore della società Titanedi S.p.A. con riferimento a Bianchini Simona sia per la mancanza dei requisiti di

eleggibilità in capo alla stessa”. Infatti pur avendo presentato la società, su sollecitazione istruttoria del competente ufficio ministeriale “per ciascuno degli amministratori, il casellario giudiziale, il certificato di non avvenuto fallimento, interdizione o inabilitazione e il certificato dei carichi pendenti rilasciati dal Tribunale Commissariale civile e Penale della Repubblica di San Marino” essa ha “volutamente omesso di produrre gli omologhi, rilasciati dalle competenti autorità italiane, da cui sarebbe emersa la sussistenza di un procedimento penale a carico di Bianchini Simona – membro del Consiglio di amministrazione di Titanedi S.p.A. – per il reato di omessa presentazione delle dichiarazioni annuali ai fini delle imposte sui redditi (art. 5, d.lgs. n. 74/2000);

c) dovere in particolare segnalare che “soltanto in allegato alla nota di risposta al preavviso di rigetto, la società ha prodotto il certificato dei carichi pendenti italiano, ma non ne fa maliziosamente mai menzione nel testo della lettera, in spregio al principio di correttezza e di trasparente collaborazione nei rapporti con la P.A.”. Peraltro “E’ bene puntualizzare, ove ve ne fosse ancora necessità, che l’amministrazione valuta come dirimente, ai fini del rilascio dell’autorizzazione di cui all’art. 37, d.l. n. 78/2010, non tanto il dato della completezza meramente formale della documentazione richiesta quanto, piuttosto, il profilo sostanziale dell’affidabilità dell’aspirante contraente evincibile dalla medesima documentazione. In questa prospettiva, appare tutt’altro che trascurabile il silenzio volutamente o colposamente serbato dal legale rappresentante di Titanedi S.p.A. circa la sussistenza, a carico di uno degli amministratori della società, di un procedimento penale per una fattispecie di reato – che, peraltro, il regime autorizzatorio di cui all’art. 37, d.l. n. 78/2010 mira specificamente a contrastare”.

5. – Nei confronti di tale nuovo atto di diniego di autorizzazione la società Titanedi ha proposto un autonomo ricorso (rubricato al n. R.g. 35 del 2012) contestando ancora la legittimità delle ragioni poste a sostegno del provvedimento pregiudizievole assunto dall’Amministrazione senza discostarsi troppo da quanto già dedotto nel primo atto introduttivo di giudizio, atteso che l’Amministrazione, all’esito della nuova procedura svolta sulla spinta del decisum cautelare del Tribunale, non ha fatto altro che perpetrare nella già palesata illegittimità interpretativa delle disposizioni normative che disciplinano la procedura in questione.

Da qui la reiterata richiesta di annullamento giudiziale dell’atto impugnato.

6. – Si è costituita anche in questo secondo giudizio l’Amministrazione intimata sostenendo la legittimità anche del nuovo provvedimento a fronte della inconsistenza e infondatezza dei motivi di censura dedotti, chiedendo quindi la reiezione del gravame.

Le parti presentavano ulteriori memorie confermando le già rassegnate conclusioni.

Discussi i ricorsi all’udienza pubblica del 18 aprile 2012 e trattenuta in riserva la relativa decisione, la riserva è stata sciolta all’udienza del 4 luglio 2012.

7. – Va anzitutto rilevata la evidente sussistenza dei presupposti richiesti dall’art. 70 c.p.a. per disporre la riunione dei due ricorsi perché siano decisi in un unico contesto, dal momento che tra gli stessi intercorrono palesi connessioni, sia dal punto di vista soggettivo che da quello oggettivo, trattandosi di contenziosi attinenti ad una medesima procedura al cui provvedimento originario conclusivo è stata poi aggiunta una seconda determinazione dell’Amministrazione provocata da una ordinanza propulsiva (n. 3178 del 2 settembre 2011) emessa dalla Sezione. Può, dunque, disporsi la riunione del ricorso n. R.g. 35 del 2012 al ricorso n. R.g. 5264 del 2011.

8. – Ancora in rito va rilevato che il ricorso n. R.g. 5264 del 2011 non può dichiararsi improcedibile sul semplice rilievo fattuale che all’atto con esso gravato (il decreto dirigenziale n. 8 del 2011) ha fatto seguito un ulteriore atto definitorio della medesima procedura (il decreto dirigenziale n. 8bis).

Anzitutto è da confermarsi la condivisibile considerazione giurisprudenziale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2011 n. 1364) secondo la quale la rinnovazione dell’attività amministrativa posta in essere per effetto di

un'ordinanza cautelare non elide l'interesse alla decisione di merito, posto che al contrario la stessa stabilità del rapporto amministrativo nascente dal nuovo atto adottato a seguito dell'ordinanza cautelare suppone che la sentenza di merito confermi, con l'accoglimento del ricorso, la sussistenza del vizio riscontrato dal giudicante nella deliberazione propria della fase cautelare. Infatti, da un lato l'originario ricorrente in linea di principio conserva l'interesse a vedere esaminate tutte le censure formulate col ricorso introduttivo, dall'altro lato l'Amministrazione ha interesse a veder riaffermata la legittimità del provvedimento impugnato (con la conseguente caducazione degli effetti dell'ordinanza cautelare dell'atto emesso in sua esecuzione). Persiste pertanto l'interesse alla decisione di merito quando il nuovo atto amministrativo, emendato dal vizio rilevato in sede cautelare sia adottato in espressa esecuzione della ordinanza, senza una autonoma rivalutazione della vicenda.

In secondo luogo, nel caso in esame va segnalato come nel corpo della motivazione che accompagna il decreto dirigenziale n. 8bis del 2011 sia chiaramente affermata l'intenzione di procedere ad una parziale rivalutazione della posizione della Titanedi, dovendosi per gli altri aspetti, non sottoposti a nuova indagine dall'Ufficio, tenere fermo quanto disposto con il decreto dirigenziale n. 8 del 2011.

9. – Passando all'esame del merito della controversia, globalmente intesa, osserva preliminarmente il Collegio che:

A) il procedimento volto ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione alla partecipazione alla selezione per l'affidamento di contratti pubblici ai sensi del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, previsto e disciplinato dall'art. 37 del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122, costituisce un procedimento autonomo non sovrapponibile alla procedura selettiva per l'affidamento di commesse pubbliche;

B) le disposizioni recate dal citato art. 37 nonché quelle contenute nel decreto ministeriale 14 dicembre 2010, al quale è stato affidato di specificare i modelli procedurali attraverso i quali vengono cristallizzati i requisiti di partecipazione alla procedura autorizzatoria, il contenuto dell'istanza e gli aspetti salienti nell'ambito dei quali si sviluppa l'istruttoria ministeriale, volta alla deliberazione della richiesta proposta da operatori economici che hanno sede nei Paesi indicati nella c.d. black list, disegnano un quadro procedurale a se stante rispetto all'ordinario procedimento selettivo per l'affidamento di contratti pubblici, non solo e non tanto perché il procedimento in questione si avvia ad istanza di parte e non d'ufficio, come quello selettivo, ma perché esso, come anche l'atto autorizzatorio che ne costituisce l'epilogo, si pongono all'esterno della singola procedura selettiva, rispetto alla quale rappresentano esclusivamente un passaggio antecedente volto ad attribuire al singolo operatore la patente di legittimazione alla partecipazione alla selezione, senza affatto incidere sulla validità di tale partecipazione, che va comunque verificata di volta in volta utilizzando gli strumenti indicati nel Codice dei contratti pubblici;

C) a conferma di ciò va affermato che, anche approfondendo l'indagine fino ad esaminare i lavori preparatori e la relazione illustrativa inerenti alla introduzione nel nostro ordinamento della norma che ha consentito nel nostro Paese di ammettere alla partecipazione alle gare anche operatori economici aventi sede in Stati non comunitari e riconducibili alla c.d. black list, con la norma dell'art. 37 il legislatore ha inteso introdurre "disposizioni in materia di trasparenza degli assetti proprietari e di gestione dei soggetti che chiedono di partecipare alle procedure di appalto pubblico, attribuendo al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di autorizzare quelli provenienti dai paesi che sono inseriti nella black list, ovvero di derogare a tale lista per specifici paesi o settori d'attività, ovvero, ancora, di escludere paesi non presenti nella lista" (così, testualmente, nella relazione illustrativa), senza ulteriormente specificarsi in merito al livello di profondità dell'indagine da effettuare a cura degli uffici ministeriali e sicuramente nulla affermando sulla necessità che l'autorizzazione possa essere rilasciata solo a quegli operatori economici che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006;

D) d'altronde il richiamo all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici non compare affatto nella fonte primaria che

ha introdotto l'istituto dell'autorizzazione a partecipare alle gare da parte degli operatori provenienti dai Paesi che sono inseriti nella black list (cioè nell'art. 37 qui più volte citato) e nel D.M. 14 dicembre 2010 è solo richiamato all'art. 3, comma 3, al solo scopo di estendere alla procedura per il rilascio dell'autorizzazione il modello dimostrativo del possesso dei requisiti necessari già proprio dell'esperienza della disciplina delle selezioni per l'affidamento di contratti pubblici che, all'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti rende necessaria la sola dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR n. 445 del 2000, escludendo l'onere dell'allegazione certificatoria;

E) appare quindi evidente che il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione,

stante l'autonomia che lo caratterizza rispetto alle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche, che costituiscono solo un evento successivo e facoltativo rispetto all'ottenimento dell'autorizzazione stessa (l'operatore economico, infatti, ben potrebbe ottenere la legittimazione a partecipare a dette selezioni e mai presentare le relative domande), poggia normativamente esclusivamente sulle (scame) disposizioni contenute nell'art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010 e sulle prescrizioni di fonte secondaria recate dal D.M. 14 dicembre 2010.

10. – Precisato quanto sopra, diventa di fondamentale rilievo verificare quali siano i presupposti fissati dalle fonti, primaria e secondaria sopra richiamate, al fine di ottenere il rilascio dell'autorizzazione.

Il comma 1 del citato art. 37 si limita a prevedere che “il rilascio di tale autorizzazione è subordinato alla previa individuazione dell'operatore economico, individuale o collettivo, mediante la comunicazione dei dati che identificano gli effettivi titolari delle partecipazioni societarie, anche per il tramite di società controllanti e per il tramite di società fiduciarie nonché alla identificazione del sistema di amministrazione e del nominativo degli amministratori e del possesso dei requisiti di eleggibilità previsti dalla normativa italiana”. La previsione legislativa quindi richiede, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, la sola “individuazione dell'operatore economico”, attraverso la identificazione “(de)gli effettivi titolari delle partecipazioni societarie, anche per il tramite di società controllanti e per il tramite di società fiduciarie nonché la identificazione del sistema di amministrazione e del nominativo degli amministratori e del possesso dei requisiti di eleggibilità previsti dalla normativa italiana”. Sicché la disposizione di fonte primaria valorizza esclusivamente, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, il presupposto per il quale, una volta identificato soggettivamente l'operatore economico, debbono sussistere in capo agli effettivi titolari delle partecipazioni societarie i “requisiti di eleggibilità previsti dalla normativa italiana”.

L'art. 3 del D.M. 14 dicembre 2010, nel fissare i requisiti di rilascio dell'autorizzazione, stabilisce che l'operatore economico richiedente il provvedimento abilitativo ne dimostri il possesso indicando i seguenti dati: a) atto costitutivo e eventuali provvedimenti di autorizzazione, ove richiesti dalle leggi nazionali; b) generalità dell'imprenditore individuale; c) ragione sociale; d) sede sociale ed eventuali sedi secondarie; e) sede amministrativa; f) generalità del soggetto tenentario delle scritture contabili; g) oggetto sociale; h) capitale sociale sottoscritto e versato; i) generalità del legale rappresentante ovvero dei rappresentanti delegati della società; j) generalità dei titolari delle quote di partecipazione sociale, anche per il tramite di società controllanti, controllate e fiduciarie; k) sistema di amministrazione; l) generalità degli amministratori e possesso dei requisiti di eleggibilità, conformemente alla normativa italiana; m) generalità dei sindaci e dei soggetti esterni incaricati della revisione contabile, eventualmente nominati; n) data di approvazione del bilancio.

11. – In considerazione dell'indagine sulle disposizioni normative applicabili nella specie e con esclusivo riferimento a quanto rileva ai fini della soluzione del contenzioso in esame, il Collegio è ora in grado di formulare due primi approdi valutativi, tenendo conto di quanto emerge dalla lettura delle motivazioni che accompagnano i due atti qui impugnati:

- per un verso né la fonte primaria né quella secondaria attribuiscono il potere agli uffici ministeriali di scrutinare gli elementi caratterizzanti le condizioni personali dei soggetti dotati di poteri di rappresentanza e di decisione per conto dell'operatore economico richiedente l'autorizzazione alla stregua di ciò che l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici impone alle stazioni appaltanti nei confronti degli operatori economici che hanno presentato domanda di partecipazione alla selezione. Ciò comporta che la sola indagine che rileva nell'ambito della presente procedura è quella volta a verificare, per un verso, quali siano gli elementi identificativi sia soggettivi che oggettivi dell'operatore economico in questione nonché, per altro verso, se in capo agli amministratori sussistano i "requisiti di eleggibilità, conformemente alla normativa italiana". Ne deriva quindi che, al contrario di quanto affermato dall'Amministrazione in entrambi i provvedimenti qui gravati, le disposizioni normative applicabili alla procedura di rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010 non attribuiscono un potere penetrante in capo all'ufficio ministeriale precedente fin tanto da consentirgli una delibazione sull'atteggiamento mantenuto dal richiedente nel corso della procedura e sicuramente non la delibazione in ordine al "profilo sostanziale dell'affidabilità dell'aspirante contraente evincibile dalla (medesima) documentazione", valutazione che spetterà alla singola stazione appaltante all'indomani della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'operatore economico;

- sotto altro versante non appaiono coinvolti nell'indagine, ai fini del rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010, gli amministratori "cessati dalla carica".

Va poi soggiunto che, in tema di requisiti di eleggibilità, la giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. per tutte la sentenza 23 luglio 2010 n. 283) dopo aver chiarito che nel vigente ordinamento, l'ineleggibilità rappresenta la eccezione, sicché le norme che la disciplinano sono di stretta interpretazione; analogamente è da dirsi per le cause di incompatibilità, le une e le altre, infatti, introducono limitazioni al diritto di elettorato passivo, chiarisce come la differenza tra ineleggibilità e incompatibilità è data dal fatto che la prima situazione è idonea a provocare effetti distorsivi nella parità di condizioni tra i vari candidati nel senso che – avvalendosi della particolare situazione in cui versa il soggetto non eleggibile – egli può variamente influenzare a suo favore il corpo elettorale, la seconda, invece, è una situazione che non ha riflessi nella parità di condizioni tra i candidati, ma attiene alla concreta possibilità, per l'eletto, di esercitare pienamente le funzioni connesse alla carica anche per motivi concernenti il conflitto di interessi nel quale il soggetto verrebbe a trovarsi se fosse eletto. La medesima giurisprudenza specifica che sussiste un'esigenza di tendenziale uniformità sul piano nazionale della disciplina dell'elettorato passivo, tanto che la possibilità di introdurre discipline regionali differenziate in materia, rispetto a quella nazionale, sussiste solo in presenza di particolari situazioni ambientali che giustifichino normative autonome.

Inoltre, come è noto, occorre distinguere tra cause di ineleggibilità e cause di incompatibilità. In prima approssimazione, l'ineleggibilità indica l'incapacità assoluta ad essere eletto, mentre l'incompatibilità l'impossibilità di continuare a ricoprire la carica (o le cariche) di cui il soggetto è titolare, una volta eletto. La prima incide direttamente sulla posizione della candidatura, determinando la incompatibilità con la candidatura; la seconda, invece, indica l'incompatibilità con la carica alla quale si sia stato eletto, vale a dire l'inconciliabilità dell'ufficio di membro dell'organo elettivo con altro ufficio o occupazione, tenuti dalla medesima persona nel medesimo tempo. In particolare, la sanzione della ineleggibilità costituisce una più grave deroga al diritto di elettorato passivo, costituzionalmente tutelato ex art. 51 Cost. e dev'essere giustificata da condizioni personali tassative, quale una condanna, passata in cosa giudicata (tenuto conto che l'art. 51 Cost. pone come regola l'eleggibilità e solo come eccezione l'ineleggibilità, cfr. Corte cost., 6 febbraio 2009 n. 27), per determinati reati cui la legge ne ricollegli la perdita, o la titolarità di ufficio o di una carica suscettibile di provocare una indebita influenza distorsiva sulle libere scelte degli elettori, lesiva della par condicio, in virtù di una captatio

benevolentiae o di un timore reverenziale in essi ingenerato (in questi termini cfr., tra le tante, Cass., Sez. I, 14 luglio 2010 n. 16558)

Pertanto, con riferimento alle specifiche ragioni che hanno indotto l'Amministrazione a respingere, con i due diversi decreti qui impugnati, l'istanza di rilascio dell'autorizzazione ex art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010, relative alla posizione del socio Titanedi S.p.a. Bianchini Simona (che con gli altri soci Bianchini Marco e Bianchini Maurizio, oltre ad altri soggetti, è stata ritenuta responsabile dal Tribunale penale di Rimini, con sentenza del 29 aprile 2011, del reato di omessa dichiarazione ai fini delle imposte dirette di cui all'art. 5 del decreto legislativo n. 74 del 2000 e condannata alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione, con l'applicazione di pene accessorie tra le quali quella dell'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese per la durata di un anno e, per il medesimo periodo, della incapacità di contrarre con la P.A.) e dell'altro socio di Titanedi S.p.a. Bianchini Marco (rispetto al quale, all'epoca del procedimento, pendeva innanzi al Tribunale di Roma un procedimento penale per il reato di cui all'art. 353 c.p. perché quale rappresentante legale della Società Kamak, partecipando ad una gara telematica indetta da Consip, con mezzi fraudolenti consistiti nell'autocertificare dichiarazioni non rispondenti al vero, in particolare attestando di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro per disabili ex legge n. 68 del 1999, avrebbe turbato lo svolgimento del pubblico incanto aggiudicandosi la gara anche grazie alla falsa autocertificazione), dette circostanze non conducono a determinare l'assenza del requisito della eleggibilità in capo ai predetti, atteso che nel primo caso il giudizio penale non si è concluso con una decisione passata in cosa giudicata (semmai la sentenza di condanna penale può provocare la sospensione nella carica dell'eletto) e nel secondo caso il relativo procedimento penale non è stato ancora definito. Neppure tali risultanze possono avere rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, non solo a causa della inapplicabilità delle disposizioni recate dal citato art. 38 al caso di specie per come si è sopra chiarito, ma comunque anche perché la stessa previsione normativa recata dall'art. 38 non dà rilievo alle decisioni penali non ancora passate in cosa giudicata. Peraltro il socio Bianchini Simona non risulta essere, dai documenti depositati, soggetto munito dei poteri di gestione e di rappresentanza della Titanedi, assumendo tale ruolo esclusivamente il Presidente del Consiglio di amministrazione della Società Cristina Serra.

12. – Quanto poi al comportamento assunto nel corso del procedimento da Titanedi e considerato ulteriore motivo in entrambi i provvedimenti impugnati per decretare la reiezione dell'istanza presentata il Collegio ritiene di non poter condividere le indicazioni provenienti dagli Uffici ministeriali, trovando al contrario fondamento le censure dedotte in proposito dalla società ricorrente.

Il Ministero oppone alla Titanedi un comportamento procedurale fortemente caratterizzato da atteggiamenti di voluta reticenza nella divulgazione dei dati necessari a far emergere la reale sussistenza o meno dei requisiti richiesti dalla normativa settoriale ai fini dell'accoglimento dell'istanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010, tanto da specificare nella motivazione dei decreti di reiezione (in particolare nel decreto n. 8bis del 2011) che la Titanedi ha “volutamente omesso di produrre gli omologhi, rilasciati dalle competenti autorità italiane, da cui sarebbe emersa la sussistenza di un procedimento penale a carico di Bianchini Simona – membro del Consiglio di amministrazione di Titanedi S.p.A. – per il reato di omessa presentazione delle dichiarazioni annuali ai fini delle imposte sui redditi (art. 5, d.lgs. n. 74/2000)” e che “soltanto in allegato alla nota di risposta al preavviso di rigetto, la società ha prodotto il certificato dei carichi pendenti italiano, ma non ne fa maliziosamente mai menzione nel testo della lettera, in spregio al principio di correttezza e di trasparente collaborazione nei rapporti con la P.A.”. Da ciò si porrebbe come dirimente, ai fini del rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 37, d.l. n. 78/2010, “non tanto il dato della completezza meramente formale della documentazione richiesta quanto, piuttosto, il profilo sostanziale dell'affidabilità dell'aspirante contraente evincibile dalla

medesima documentazione. In questa prospettiva, appare tutt'altro che trascurabile il silenzio volutamente o colposamente serbato dal legale rappresentante di Titanedi S.p.A. circa la sussistenza, a carico di uno degli amministratori della società, di un procedimento penale per una fattispecie di reato che, peraltro, il regime autorizzatorio di cui all'art. 37, d.l. n. 78/2010 mira specificamente a contrastare”.

La posizione del Ministero non tiene conto della fondamentale circostanza che il procedimento in questione si avvia ad istanza di parte e deve rispettare, come per tutti gli ordinari procedimenti amministrativi, le prescrizioni recate dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 (peraltro espressamente richiamate dalle disposizioni normative che regolamentano il percorso procedurale), non ultima alcune regole fondamentali del rapporto procedimentale che intercorre tra l'Amministrazione e l'interessato:

A) in prima battuta spetta all'Amministrazione e per essa al responsabile del procedimento verificare, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241 del 1990, la completezza della documentazione da allegarsi con la domanda, al fine di consentire la tempestiva ed adeguata integrazione della documentazione necessaria e non prodotta;

B) in secondo luogo lo scopo che ha indotto il legislatore nel 2005 ad introdurre l'istituto del preavviso di diniego, di cui all'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, va ricercato anche nella intenzione di deflazionare il contenzioso legato alla contestata carenza di elementi formali del procedimento, quali ad esempio una incompleta istruttoria per mancanza di documenti necessari per la definizione della procedura, di talché essa si pone anche come strumento propulsivo affidato all'Amministrazione procedente al fine di segnalare alla parte interessata i deficit di allegazione documentale ovvero di requisiti necessari per ottenere il provvedimento favorevole, non assumendo alcun rilievo di disfavore della posizione dell'interessato la mera circostanza di non aver prodotto elementi o documenti utili ai fini dell'istruttoria, non potendosi spingere l'Amministrazione stessa a valutare (neppure eticamente) il comportamento tenuto dalla parte interessata, dovendo essa stessa – al contrario – favorire la produzione di quegli elementi utili che spetta alla parte dimostrare e produrre allo scopo di ottenere una favorevole conclusione della procedura (tanto che, ai sensi dell'art. 18, comma 2, della legge n. 241 del 1990, è la stessa Amministrazione procedente a dover acquisire gli elementi necessari o utili al fine di un esito favorevole per l'interessato dell'istruttoria in questione quando essi siano in suo possesso ovvero siano detenuti istituzionalmente da altre Pubbliche amministrazione o enti privati ad esse equiparate normativamente).

A fronte di quanto sopra non può costituire valida ragione per respingere l'istanza della Titanedi la circostanza che essa abbia depositato documenti solo in epoca successiva rispetto al suggerimento ricevuto dall'Amministrazione con la comunicazione del preavviso di diniego, di talché il deposito documentale in ritardo rispetto alla presentazione dell'istanza costituisce un evento naturale dei procedimenti amministrativi ordinari, non trattandosi nella specie di una procedura concorsuale rispetto alla quale costituirebbe fatto giuridicamente impeditivo dell'allegazione postuma di documenti richiesti dal bando la scadenza del termine di presentazione della domanda.

13. – In ragione delle suesposte considerazioni i ricorsi, per come riuniti, vanno accolti con annullamento degli atti impugnati, ciò al fine di consentire agli uffici competenti di completare l'istruttoria e valutare nuovamente la fondatezza o meno dell'istanza presentata dalla Titanedi alla luce delle specifiche disposizioni regolatrici la peculiare procedura di cui all'art. 37 del decreto legge n. 78 del 2010.

Sussistono nondimeno i presupposti per compensare integralmente tra le parti costituite le spese di giudizio, ai sensi dell'art. 92 c.p.c. come richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., tenuto conto della peculiarità delle questioni sottese alle controversie qui decise.

P.Q.M.

pronunciando in via definitiva sui ricorsi indicati in epigrafe:

1) dispone la riunione del ricorso n. R.g. 35 del 2012 al ricorso n. R.g. 5264 del 2011;

2) li accoglie entrambi;

3) spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 18 aprile 2012 e del 4 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)