



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11282 del 2009, proposto da:
Soc Idrogeo di Guareschi Claudio & C Snc, rappresentato e difeso
dagli avv. Giuseppe Manfredi, Ennio Mazzocco, Carlo Pollorsi, con
domicilio eletto presso Ennio Mazzocco in Roma, via Ippolito
Nievo, 61;

contro

Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e
Fornitura, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per
legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Multiservizi Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni
Bonaccio, Roberta Penna, con domicilio eletto presso Giovanni
Bonaccio in Roma, piazza Friggeri, 18;

per l'annullamento

per l'annullamento, previa sospensione e/o adeguate misure cautelari:

- dell'atto dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture di annotazione sul casellario informatico a carico della ricorrente della pretesa "mancata veridicità" di quanto dichiarato in occasione della partecipazione alla gara svolta dalla Multiservizi S.p.a. in ordine alla realizzazione di un pozzo a servizio del Comune di Cerreto d'Elsi, in località <Le Macere> nel Comune di Matelica;
- dell'atto della medesima Autorità di modifica di detta annotazione;
- di tutti gli atti presupposti, conseguenti o, comunque, connessi o collegati e, in particolare, delle note di trasmissione alla ricorrente delle dette annotazioni..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura e di Soc Multiservizi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2010 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente nel corso del 2008 partecipava alla procedura negoziata indetta dalla Multiservizi s.p.a. di Ancona per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un pozzo nel Comune di Matelica; a seguito della valutazione delle offerte era disposta a suo favore l'aggiudicazione provvisoria. Con deliberazione del 13-5-2009 tale aggiudicazione è stata revocata, in quanto erano emerse false dichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara. In particolare, in base alle verifiche effettuate dalla stazione appaltante, risultava la sussistenza di una sentenza di condanna per lesioni personali colpose, reato commesso il 22-7-1979, alla multa di lire 200.000, con il beneficio della non menzione, a carico del socio Longo Gino; di una sentenza di condanna del Tribunale Militare di Torino per lesioni personali, reato commesso il 11-4-1984 con il beneficio della non menzione e della sospensione ed un decreto penale di condanna divenuto esecutivo il 22-3-2007 per guida in stato di ebbrezza , a carico del socio Stoffa Domenico; il mancato versamento di tasse automobilistiche nel 1995, in parte successivamente regolarizzato, da parte del socio Tiramani; mentre tutti avevano reso dichiarazioni nel senso di non aver subito condanne anche con il beneficio della non menzione o decreti penali o della regolarità fiscale.

La stazione appaltante comunicava la revoca dell'aggiudicazione alla Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici che procedeva ad una annotazione nel Casellario informatico segnalando l'esistenza della

comunicazione della Multiservizi s.p.a ai sensi della lettera t) dell'art 27 del d.p.r. n° 34 del 2000; successivamente tale annotazione è stata modificata sempre facendo riferimento alla lettera t) dell'art 27 del d.p.r. 34 del 2000. Entrambe le annotazioni facevano riferimento alla esistenza delle condanne non dichiarate.

Avverso tali annotazione e avverso le comunicazioni della stazione appaltante all'Autorità di Vigilanza è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione degli artt 1, 3 e 7 della legge n° 241 del 1990; eccesso di potere per contraddittorietà; violazione di circolare; difetto di istruttoria; violazione del principio del contraddittorio; violazione dell'art 38 del d.lgs. n° 163 del 2006; dell'art 75 del d.p.r. n° 445 del 2000; degli artt 1 e 3 della legge n° 241 del 1990 ; eccesso di potere per illogicità, ingiustizia manifesta; difetto dei presupposti, travisamento, contraddittorietà rispetto alle norme di gara.

Si sono costituite la società Multiservizi e l'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 3-2-2010 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 3-12-2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere dichiarata inammissibile l'impugnazione avverso la comunicazione fatta dalla stazione

appaltante all'Autorità di Vigilanza. Si tratta, infatti, di un mero atto di natura endoprocedimentale, dal quale derivano conseguenze solo in caso di provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza.

Come è noto la sezione ha già più volte affermato, che l'annotazione ha una sua autonoma valenza lesiva, in quanto è solo questo che comporta le conseguenze di cui all'art 38 lettera h) del d.lgs n° 163 del 2006, per cui sono escluse dalla partecipazione alle gare pubbliche i soggetti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione "risultanti dai dati in possesso dell'osservatorio".

Infatti, al fine di dare certezza al sistema e una interpretazione conforme al principio di legalità, si deve ritenere che l'Autorità, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza nel settore dei contratti pubblici, con l'annotazione imponga agli operatori la sanzione del divieto di partecipazione alle gare per un anno.

Ne deriva che solo l'annotazione costituisce un provvedimento lesivo della sfera giuridica degli operatori economici.

Nel merito il ricorso è fondato.

Sostiene il ricorrente la illegittimità dell'annotazione in quanto disposta in mancanza della valutazione dell'Autorità circa la sussistenza della falsità delle dichiarazioni.

La giurisprudenza della sezione ha già più volte affermato, oltre all'autonoma lesività dell'annotazione, la necessità che la Autorità di

Vigilanza compia una valutazione prima di procedere all'annotazione per la falsità delle dichiarazioni sia dell'elemento soggettivo sia, a monte, delle circostanze di fatto.

Infatti, proprio perché la l'annotazione per false dichiarazioni comporta una sanzione, particolarmente grave e non graduata dal legislatore, l'unica interpretazione possibile e conforme ai principi dell'ordinamento appare quella che affida all'Autorità di Vigilanza una valutazione dell'elemento oggettivo e soggettivo della falsità delle dichiarazioni.

Tale orientamento è stato confermato dal Consiglio di Stato che ha ritenuto che, pure a fronte di una richiesta dettagliata contenuta nella lex specialis (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905), certamente valorizzabile in sede di scrutinio circa l'ammissione delle imprese alla gara, tuttavia permanga, ai fini dell'annotazione nel Casellario informatico, la sfera valutativa dell'Avcp in ordine alla sussistenza del mendacio.

Anche la Autorità di Vigilanza si è mossa secondo tali orientamenti giurisprudenziali; nella propria determinazione n. 1 del 2010 per il caso in cui venga comunicato il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e l'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, si prevede che l'Autorità "procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel Casellario informatico, salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della

notizia comunicata dalla stazione appaltante".

Secondo l'orientamento della sezione, la clausola di salvezza riportata nell'ultima proposizione è idonea a radicare un potere valutativo che, a differenza di quanto opinato dall'amministrazione, impone l'analisi delle eventuali esimenti addotte dall'impresa al fine di escludere la propria responsabilità per dichiarazioni non veritiere, non comprendendosi altrimenti a quali situazioni essa (con locuzioni generiche, quale ad es. l'"inconferenza") si riferisca (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 novembre 2009 , n. 11068).

Non vi è dubbio allora, venendo al caso di specie, che l'Autorità avrebbe dovuto instaurare un procedimento in contraddittorio con l'impresa, al fine di esaminare eventuali controdeduzioni; accertare, all'esito, l'eventuale configurazione del mendacio anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, tenuto conto della natura dei reati e della perdita di "effetti" degli stessi.

La più recente evoluzione giurisprudenziale, anche del Consiglio di Stato, dunque, ha riconsiderato la tesi del carattere meramente consequenziale e necessitato dell'iscrizione nel casellario informatico ed ha chiarito che prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità proceda alle verifiche del caso (Consiglio di stato, sez. VI, 05 luglio 2010 , n. 4243).

La valutazione di inconferenza della notizia o dell'inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione implica un apprezzamento da parte dell'Autorità circa i fatti oggetto della

dichiarazione mendace, che appare tanto più doveroso laddove si consideri l'effetto interdittivo che alla stessa consegue.

Laddove si applicasse in modo sostanzialmente automatico l'esclusione annuale dalle gare di cui all'art. 38, comma 1, lettera h) del codice dei contratti, prescindendo da ogni valutazione circa la gravità del comportamento colpevole del dichiarante, il quadro ricostruttivo in tal modo delineato si porrebbe in contrasto con l'articolo 45, par. 2, lett. g), della direttiva 2004/18/CE, secondo cui può essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni operatore economico "che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni". Non a caso, del resto, la consapevolezza del carattere non meramente consequenziale o riflesso dell'attività che si conclude con l'annotazione della notizia nel casellario informatico ha indotto l'Autorità a dotarsi di regole speciali in ordine alla partecipazione procedimentale degli interessati, alla comunicazione di avvio e allo svolgimento in contraddittorio delle attività prodromiche all'iscrizione della notizia nel casellario informatico.

Nel caso di specie, peraltro, l'annotazione, come sostenuto dall'Autorità nella relazione depositata dall'Avvocatura dello Stato, è stata disposta con l'espreso riferimento alla lettera t) dell'articolo 27, la quale prevede un'ipotesi di iscrizione innominata, che può riguardare ogni altra notizia relativa all'impresa, che sia ritenuta utile

dall'Osservatorio ai fini della tenuta del Casellario (cfr. Tar Lazio III, n. 7184/2007; n. 4221/2007; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26 maggio 2010, n. 13456).

L'ipotesi delle false dichiarazioni, da cui consegue l'esclusione dalle gare per un anno è contemplata espressamente dall'art 27, co. 2, lett. s), d.P.R. n. 34/2000.

La giurisprudenza si è già pronunciata nel senso che l'ipotesi della lettera s) riguarda solo quelle dichiarazioni che siano dolosamente false, e non anche quelle colposamente non rispondenti a realtà.

In tal senso si è già pronunciata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, quando ha affermato che in una gara per l'appalto di lavori pubblici, la dichiarazione circa l'assenza di situazioni di controllo o collegamento fra imprese, richiesta ai sensi dell'art. 10, co. 1-bis, l. n. 109/1994, non integra una dichiarazione mendace, ai sensi degli art. 27, lett. s), d.P.R. n. 34/2000 e 75, lett. h), d.P.R. n. 554/1999, se l'amministrazione appaltante ritenga invece la sussistenza di situazioni di collegamento: in questione, infatti, è una valutazione soggettiva del dichiarante e non un accertamento incontrovertibile e il convincimento dell'amministrazione, fondandosi su un ragionamento presuntivo, è come tale inidoneo a costituire un accertamento incontestabile della falsità della dichiarazione dell'impresa. Sicché, laddove la stazione appaltante esclude l'impresa perché sulla base di indizi ritiene esservi il collegamento sostanziale, la circostanza che il provvedimento di

esclusione sia legittimo perché il collegamento sostanziale esiste, non implica necessariamente che l'impresa, nel dichiarare insussistente il collegamento sostanziale, abbia consapevolmente e volontariamente dichiarato il falso (Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212).

La giurisprudenza, anche della sezione, ha quindi ritenuto che nella ipotesi della lettera t) rientrino le ipotesi di collegamento sostanziale. Rispetto a tale ipotesi, peraltro, la ratio della annotazione ai sensi della lettera t) è quella di mettere sull'avviso le stazioni appaltanti della esistenza di alcuni elementi di vicinanza tra imprese che possano alterare la concorrenza. Infatti, in tali casi non vi è un sanzione irrogata dall'Autorità, ma la esclusione sarà disposta dalla stazione appaltante ai sensi della lettera m-quater, aggiunta dal d.l. n° 135 del 25 settembre 2009, conv. nella legge n° 166 del 20 novembre 2009, n. 166, che si riferisce appunto ai soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

E' la stazione appaltante che, quindi, dovrà valutare la sussistenza di tale situazione di collegamento.

Il riferimento all' annotazione per collegamento sostanziale già conduce a ritenere che nella ipotesi della lettera t) debbano rientrare quei casi in cui, in primo luogo, non si rientra nelle altre previsioni

dell'art 27; inoltre, che si tratti di casi in cui qualche utilità dall'annotazione possa derivare dalla successiva verifica della stazione appaltante messa sull'avviso dall'annotazione. Alcun senso potrebbe avere l'intera disciplina dell'art 27, se la lettera t) fosse interpretata come ricomprensiva tutte le fattispecie che non hanno i requisiti sufficienti per essere annotate ai sensi delle altre lettere dell'art. 27.

E' evidente quindi che si deve trattare di ipotesi, in fatto, diverse da quelle rientranti astrattamente nelle altre previsioni dell'art 27; non invece di quelle ipotesi non aventi tutti gli elementi per potere essere annotate, ai sensi delle altre previsioni normative dell'art 27.

Deve dunque essere esaminata, con riferimento al caso di specie, la questione se è legittima l'annotazione ai sensi della lettera t) di condanne non rientranti nelle ipotesi della lettera q) dell'art. 27 e non rientranti nella ipotesi di falsità della lettera s).

Come è noto, ai sensi dell'art 27 del d.p.r. n° 34 del 2000 devono essere iscritte nel Casellario informatico alcune circostanze rilevanti per la vita delle imprese tra cui: m) importo dei versamenti effettuati all'INPS, all'INAIL e alle Casse edili in ordine alla retribuzione corrisposte ai dipendenti; n) eventuale stato di liquidazione o cessazione di attività; o) eventuali procedure concorsuali pendenti; p) eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione di lavori ovvero gravi inadempienze contrattuali anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da

rapporto di lavoro, comunicate dalle stazioni appaltanti; q) eventuali sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale a carico dei legali rappresentanti, degli amministratori delegati o dei direttori tecnici per reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica o il patrimonio; s) eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alla procedura di cui all'articolo 10, comma 1-quater, della legge; t) tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario.

Le condanne, dunque, possono rilevare in quanto rientranti nella ipotesi della lettera q) per specifici reati particolarmente rilevanti ai fini della partecipazione alle gare pubbliche (contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica o il patrimonio); nelle ipotesi della lettera s) per le false dichiarazioni, quando ne consegua la sanzione della esclusione per un anno, quindi quando vi sia stata una apposita valutazione, come sopra detto, da parte dell'Autorità di Vigilanza.

Una volta che dunque l'Autorità abbia ritenuto che non sussiste la falsità delle dichiarazioni, sotto il profilo oggettivo o soggettivo, non si può poi procedere alla annotazione comunque ai sensi della lettera t), esponendo comunque le imprese ad una incertezza circa la

successiva partecipazione alle gare.

Per dare certezza al sistema normativo del d.lgs n° 163 del 2006 si deve necessariamente ritenere che l'esclusione per false dichiarazioni ai sensi dell'art 38 lettera h) possa conseguire solo all'avvenuta irrogazione di una sanzione da parte dell'Autorità di Vigilanza, costituita dall'annotazione, disposta a seguito di un procedimento in contraddittorio.

Una diversa interpretazione condurrebbe alla violazione dei principi di certezza e legalità che presiedono sia l'attività amministrativa sia più in particolare l'attività sanzionatoria.

Se da una condanna non deriva alcuna conseguenza in termini di esclusione dalle gare, non si comprende quale funzione possa avere l'annotazione, ai soli fini di una pubblicità notizia.

Pertanto, nel caso di specie vanno ritenute illegittime le annotazioni, che pur effettuate ai sensi della lettera t) dell'art 27, si riferiscono alla falsità della dichiarazione, in mancanza di un apposito procedimento da parte dell'Autorità e della valutazione della consapevolezza della falsità delle dichiarazioni, tenendo in particolare conto, nel caso di specie della data di commissione dei reati e della conseguente giovane età dei soggetti; della irrilevanza dei reati commessi rispetto all'attività professionale attuale, della concessione dei benefici della sospensione della pena e della non menzione e della regolarizzazione della violazione fiscale.

Il ricorso sotto tali profili è quindi fondato e deve essere accolto con

annullamento dell'annotazione.

In considerazione della complessità della questione, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2010

IL SEGRETARIO

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

