N. 02969/2012 REG.PROV.COLL.
N. 04755/2011 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.4755 del 2011 proposto dalla srl Fisar, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Danilo Giorgio Grattoni e Mario Zenga ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Marina Milli in Roma, Via Marianna Dionigi n.29;

contro

l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

Comune di Cinisello Balsamo, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della deliberazione n.65/2011 adottata dal Consiglio dell'intimata

Autorità nella seduta del 24.2.2011 con cui è stata disposta l'irrogazione nei confronti della società ricorrente della sanzione pecuniaria di Euro 250,00 nonchè l'annotazione nel Casellario informatico delle imprese della segnalazione del Comune di Cinisello Balsamo con la quale il predetto comune faceva presente che la Fisar srl aveva reso una falsa dichiarazione nell'ambito di una procedura negoziata indetta dal citato ente territoriale;
b) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2012 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata indetta dal comune di Cinisello Balsamo per la fornitura ed acquisti di materiali e attrezzature varie per interventi in amministrazione diretta - materiale per impianto idrico sanitario dalla quale era stata successivamente esclusa in quanto la stazione appaltante ha appurato

che la Fisar srl aveva reso una falsa dichiarazione relativamente all'autocertificazione di attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale, ex art.38, comma 1, lett.c) del D.lgvo n.163/2006, non avendo dichiarato un decreto penale di condanna emesso dal GIP del Tribunale di Milano e diventato esecutivo in data 19.3.2005 nei confronti del legale rappresentante dell'odierna istante per il reato di lesioni colpose.

La stazione appaltante ha comunicato l'avvenuta esclusione con la sottostante motivazione all'intimata Autorità, la quale dopo aver attivato il relativo procedimento in contraddittorio della Fisar, ha assunto la contestata determinazione con cui disponeva nei confronti dell'impresa de qua l'irrogazione della sanzione interdittiva dalla procedura partecipazione alle procedure di evidenza pubblica per un periodo di 10 mesi, conseguente all'iscrizione nel casellario informatico della ripetuta esclusione, nonchè la sanzione pecuniaria di Euro 250,00.

Avverso l'impugnata deliberazione della resistente Autorità sono stati dedotti i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione ed errata applicazione di legge (artt.6, 38 del D.lgvo n.163/2006; art.3 della L. n.689/1981; art.3 della L. n.241/1990). Eccesso di potere per difetto e/o insufficiente istruttoria; travisamento ed erronea valutazione di fatti e presupposti;

2) Violazione ed errata applicazione di legge (art.38 del D.lgvo n.163/2006; art.3 della L. n.241/1990). Eccesso di potere per difetto

e/o insufficiente istruttoria; travisamento ed erronea valutazione di fatti e presupposti; irrazionalità;

3) Violazione ed erronea interpretazione di legge (art.10 della L. n.241/1990). Eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà fra atti dell'Amministrazione, difetto e/o insufficiente istruttoria, travisamento ed erronea valutazione di fatti presupposti, perplessità ed illogicità della motivazione;

4) Eccesso di potere per travisamento ed omessa/erronea valutazione di fatti presupposti, illogicità, contraddittorietà di atti e comportamenti della P.A.;

5) Violazione ed errata interpretazione di legge (art.38 del D.lgvo n.163/2006; art.1 della L. n.241/1990). Eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed irragionevolezza;

6) Violazione ed errata interpretazione di legge (art.460 c.p.p).

Si è costituita l'intimata Autorità prospettando la tardività del proposto gravame in quanto notificato dopo il termine di 30 gg di cui all'art.120, commi 1 e 5, del cpa e contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze.

Alla pubblica udienza del 21.3.2012 il ricorso è stato assunto in decisione.

In via preliminare il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione con cui è stata prospettata la tardività del proposto gravame in quanto notificato oltre il termine di 30 gg, così come previsto dai commi 1 e 5 dell'art.120 del cpa.

La tesi dell'amministrazione resistente è stata confutata dalla ricorrente, la quale citando autorevole dottrina in materia nonchè alcune sentenze del Consiglio di Stato (n.1690 e 1691 del 2010) ha fatto presente che il termine dimidiato vale solamente quando il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità è stato impugnato con motivi aggiunti nell'ambito dello stesso processo attivato nei confronti di un provvedimento lesivo intervenuto nell'ambito di una procedura di gara, mentre nel caso, come quello in esame, in cui non è stato impugnato un provvedimento relativo alla procedura de qua, risulta nuovamente applicabile il termine di 60 gg.

In sostanza la tesi ricorsuale si basa sull'esistenza di una connessione processuale tra un provvedimento adottato nell'ambito di una procedura di gara e il successivo provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, il quale, pertanto, solo in tale ipotesi in forza della menzionata connessione deve essere impugnato con motivi aggiunti nel termine dimidiato.

Al riguardo deve essere osservato che:

a) il citato art.120 del cpa stabilisce comma 1, che gli atti delle procedure di affidamento..... nonchè i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di servizi e forniture sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente;

b) la suddetta norma prevede testualmente che "per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti anche

avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di 30 gg.. decorrente ....";

3) l'art.135, comma 1, lett.c), in forza del rinvio all'art.133, comma 1, lett.l) assegna alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati dall'intimata Autorità.

In tale contesto normativo il Collegio osserva che:

a) stante l'affermata competenza territoriale inderogabile del Tar Lazio risulta opinabile la prospettazione di parte ricorrente secondo cui i provvedimenti dell'AVCP debbano essere unicamente impugnati con motivi aggiunti presso il Tar presso il quale è stato gravato un provvedimento di gara;

b) le stesse sentenze richiamate dal ricorrente per affermare la connessione processuale e l'applicazione del termine dimidiato solamente allorchè il provvedimento conseguenziale dell'Autorità sia stato impugnato con motivi aggiunti sono state pronunciate prima dell'entrata in vigore del cpa e si basano sulla circostanza che " la legislazione vigente non prevede una competenza funzionale inderogabile in relazione all'impugnazione dei provvedimenti della menzionata Autorità", per cui, ne consegue, che con l'entrata in vigore del citato codice che ha previsto tale competenza territoriale inderogabile del Tar Lazio i suddetti provvedimenti debbano essere impugnati sempre presso questo Tribunale, indipendentemente, quindi, dall'esistenza di un precedente giudizio pendente presso un

altro Tar territoriale avverso un provvedimento di gara, ed entro il termine di 30 gg, così come prescritto dal citato art.120.

Ma anche a prescindere dalla problematica delle connessione processuale, nel caso di sola impugnazione del provvedimento dell'Autorità il termine non può non essere quello dimidiato, atteso che il comma 5) nel prevedere testualmente che " per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo (tra i quali sono annoverati i provvedimenti sanzionatori dell'AVCP) il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli impugnati devono essere proposti nel termine di trenta gg." stabilisce chiaramente il termine dimidiato in relazione alla tipologia dell'atto, prescindendo quindi, dalla circostanza delle modalità di impugnazione dello stesso (ricorso autonomo o motivi aggiunti).

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, l'eccezione di tardività è suscettibile di favorevole esame; tuttavia il Collegio, in accoglimento dell'istanza proposta da parte ricorrente, ritiene che sussistano i presupposti per la concessione dell'errore scusabile, stante l'assoluta novità della questione, l'opinabilità della stessa, come si evince dalla dottrina richiamata nella memoria della Fisar, nonchè l'assenza di giurisprudenza in argomento.

Passando all'esame di merito deve essere rilevato, in punto di fatto, che:

1) non è contestato che la lex specialis della gara prescriveva che il concorrente doveva dichiarare tutte le condanne penali subite;

2) la dichiarazione resa dal legale rappresentate della società ricorrente faceva presente che " nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, nè applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art.444 del cpp, nè emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile;

3) in sede di verifica di quanto dichiarato dalla ricorrente la stazione appaltante ha riscontrato la sussistenza in capo al legale rappresentante della Fisar srl di un decreto penale di condanna emesso per il reato di cui all'art.590 del cp dal Tribunale di Milano divenuto esecutivo il 19.3.2005.

Con i primi tre motivi di doglianza, che ripropongono sostanzialmente la medesima problematica e che quindi possono essere esaminati insieme, la società ricorrente richiamando la copiosa giurisprudenza del Tribunale in materia secondo la quale la sanzione dell'annotazione nel casellario informatico può essere legittimamente irrogata solo ed esclusivamente a seguito di un procedimento che assicuri il contraddittorio con le parti del procedimento e la valutazione da parte dell'Autorità di tutti gli elementi forniti dall'impresa, contesta la legittimità della gravata determinazione in quanto l'Autorità avrebbe omesso di valutare l'elemento soggettivo della buona buona fede e la sussistenza dell'errore scusabile.

A sostegno della sussistenza della propria fede e della necessità di un'apposita valutazione della stessa ai fini della legittimità dell'irrogazione della sanzione de qua l'odierna istante ha fatto

presente che nel rendere la dichiarazione, successivamente tacciata di falsità, si era integralmente attenuta alle risultanze del casellario giudiziale a tal fine richiesto alla competente amministrazione dal quale non risultava nulla in ordine alle condanne penali intervenute nei confronti del legale rappresentante.

L'articolata doglianza in questione non è suscettibile di favorevole esame.

Sotto il profilo formale non risponde al vero il fatto denunciato dalla società ricorrente secondo cui l'Autorità avrebbe omesso di valutare la propria buona fede e la sussistenza dei presupposti per la concessione dell'errore scusabile.

Al riguardo è sufficiente richiamare quanto affermato dall'Autorità a pag. 7 della contestata determinazione:

I) come noto, sul Certificato del Casellario Giudiziale rilasciato ai sensi dell'art.24 del DPR n.313 non sono riportate tra le altre le condanne delle quali è stato ordinato che non si faccia menzione nel certificato a norma dell'art.445 c.p.p ed i decreti penali di condanna, come nel caso in esame;

II) tuttavia, ai sensi dell'art.33 del DPR n.313/2002 il concorrente poteva effettuare una visura presso l'Ufficio del Casellario giudiziale di tutte le iscrizioni a lui riferite, comprese quelle di cui non si è fatta menzione nei certificati di cui agli artt.24, 25, 26, 27 e 31 del DPR citato.

Fatta tale premessa l'AVCP ha concluso che non sussistevano i

presupposti per il riconoscimento dell'errore scusabile della società ricorrente.

Sotto il profilo sostanziale la tesi dell'Autorità è immune dalle illegittimità prospettate avverso la stessa, atteso che la falsità della dichiarazione non può che essere ascritta ad un comportamento assolutamente negligente tenuto dalla società ricorrente.

Invero non può essere seriamente contestato che un concorrente, prima di fornire una dichiarazione nell'ambito di una procedura di gara avente ad oggetto requisiti o situazioni allo stesso riferibili, è tenuto ad utilizzare tutti quelli strumenti forniti dall'ordinamento giuridico al fine di assicurare la veridicità delle affermazioni rese nella suddetta sede.

In tale dovere di diligenza non può non rientrare anche la visura di cui al punto II), la quale si rendeva necessaria in considerazione della disarmante chiarezza della lex specialis che menzionava tout court le sentenze di condanne e i decreti di condanna senza alcuna limitazione in ordine alla tipologia dei reati e della circostanza che il legale rappresentante della società ricorrente non poteva non essere a conoscenza dell'esistenza di un decreto penale di condanna intervenuto nei suoi confronti.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, non potendosi disconoscere che la dichiarazione falsa ascritta alla società ricorrente è sostanzialmente imputabile ad un comportamento assolutamente negligente dalla stessa tenuto, non avendo quest'ultima utilizzato tutti

gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico per accertare la veridicità di quello che avrebbe dichiarato nell'ambito della domanda di partecipazione alla gara, ne consegue che, in linea con quanto prospettato nella contestata determinazione, che non è data individuare la sussistenza dell'esimente della buona fede in capo alla Fisar.

A sostegno della interpretazione fatta propria dal Collegio deve essere evidenziato che l'accoglimento della tesi ricorsuale, secondo cui il semplice mero riferimento ad un certificato, sostanzialmente incompleto alla luce di quanto richiesto dalla lex specialis di gara, comporterebbe che debba essere ravvisata sempre ed automaticamente la sussistenza della buona fede, con conseguente azzeramento del regime sanzionatorio concernente la falsità delle dichiarazioni per l'aspetto in questione.

Inammissibile per carenza di interesse è la censura di cui al punto 4) con cui è stata contestata la legittimità della gravata deliberazione nella parte in cui ha escluso la sussistenza della buona fede anche in considerazione del fatto che il reato assolutamente non dichiarato incideva sulla buona fede.

Al riguardo il Collegio sottolinea che l'affermazione ascritta alla resistente Autorità risulta essere nell'ambito del provvedimento del tutto ultronea ed irrilevante, in quanto, come è stato sopra dimostrato, la base motivazionale per negare la sussistenza della buona fede poggia sull'asserita negligenza della società ricorrente

nell'accertare i precedenti penali che doveva dichiarare.

Con il quinto motivo di doglianza la società ricorrente afferma in maniera del tutto apodittica che il costringere il concorrente ad effettuare la visura di cui all'art.33 del DPR n.313/2002 presso l'Ufficio del Casellario Giudiziale oltre a non essere previsto dalla lex specialis costituiva altresì una sorta di aggravio procedimentale

Anche tale censura è infondata, considerato che:

a) la lex specialis prescriveva solo che dovevano essere dichiarate le sentenze di condanna e i decreti di condanna intervenuti, senza fare alcun riferimento ai modi con cui accertare la veridicità di quanto doveva essere dichiarato;

b) non è individuabile alcuna seria e concreta ragione in base alla quale la visura di cui al menzionato art.33, che costituisce uno strumento ordinario che l'ordinamento mette a disposizione dei provati per conoscere la propria completa situazione penale, debba costituire di per sè un aggravio procedimentale.

Palesemente infondata è infine l'ultima censura dedotta con cui è stato fatto presente che il decreto di penale di condanna non doveva essere dichiarato in quanto aveva già esaurito i suoi effetti per decorso del quinquennio, avvenuto in data ben anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, atteso che come affermato nella contestata deliberazione sulla base del consolidato orientamento giurisprudenziale, meticolosamente richiamato, l'effetto estintivo non consegue automaticamente per effetto del

decorso del quinquennio ma necessita dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione.

Ciò premesso, il proposto gravame deve essere rigettato,

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4755 del 2011, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/03/2012

IL SEGRETARIO

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