N. 11068/2009 REG.SEN.
N. 04722/2009 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. 4722/2009 R.g. proposto da Raccordi Ferroviari Bonaventura Luigi s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Claudio De Portu, Pierfrancesco della Porta e Rizzardo del Giudice, elettivamente domiciliata presso lo studio dei primi due in Roma, Via G. Mercalli n. 13

contro

l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata

nei confronti di

Autostrade per l'Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Guccione, presso il cui studio in Roma, Via A. Bertoloni n. 29, ha eletto domicilio

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento in data 8 aprile 2009, comunicato il successivo 10 aprile, con cui l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha inserito la ricorrente nel Casellario informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici; dell'annotazione conseguente alla segnalazione di Autostrade per l'Italia avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e il diniego di aggiudicazione della gara indetta per l'affidamento dei lavori della terza corsia dell'autostrada Milano-Napoli, dalla progr.va km. 195+400 alla progr.va km. 199-520 – realizzazione di armamento, elettrificazione, segnalamento sui nuovi ponti ferroviari, sui flessi e sul tratto ferroviario interessato;
- della predetta nota di Autostrade, in data 23 ottobre 2008, se e per quanto assuma contenuto provvedimentale;
- della nota dell'Avcp in data 7 novembre 2008, citata nell' "annotazione";
- di ogni altro atto connesso;
- se e in quanto adottata, della determinazione avente ad oggetto l'esclusione della ricorrente dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici;
- in quanto occorrer possa, del bando e della lettera d'invito

nonché per la declaratoria

di illegittimità dell'annotazione e per la sua cancellazione

e per la condanna

delle resistenti, in via solidale, dei danni ingiusti che la ricorrente avesse a subire in dipendenza degli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione delle intimate amministrazioni;

viste le memorie e gli atti tutti di causa;

sentiti per le parti alla pubblica udienza del 28 ottobre 2009, relatore il cons. Mario Alberto di Nezza, gli avv.ti delle parti come da verbale;

ritenuto e considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 9 giugno 2009, ritualmente depositato, la società Raccordi Ferroviari Bonaventura Luigi, premettendo di aver subito la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara d'appalto (indetta da Autostrade per l'Italia) per l'omessa dichiarazione delle condanne penali riportate dai propri amministratori (due per un reato ormai depenalizzato e una a seguito di patteggiamento per un reato poi estinto), ha chiesto l'annullamento della conseguente iscrizione nel Casellario informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici.

A sostegno del gravame essa ha dedotto:

a) l'irrilevanza dei precedenti in questione ai fini dell'esclusione dalle gare pubbliche, tenuto conto da un lato dell'art. 38, comma 1, lett. c), ult. parte, d.lgs. n. 163 del 2006 (Cod. contr. pubbl.), recante clausola di salvezza degli artt. 178 c.p. (sulla riabilitazione) e 445, 2° comma, c.p.p., sull'effetto estintivo del reato nel caso di patteggiamento, e, dall'altro, delle conseguenze dell'abolitio criminis; ne sortirebbe, a suo dire, l'insussistenza dell'obbligo di dichiarare precedenti ormai divenuti irrilevanti (in quanto non preclusivi della partecipazione alle gare) e la consequenziale carenza di presupposti dell'annotazione per mendacio;

b) l'insussistenza del potere delle stazioni appaltanti di inserire, nella lex specialis di una specifica gara, clausole la cui violazione rileverebbe non solo ai fini dell'esclusione dalla singola procedura, ma anche nel senso dell'impedimento a

partecipare ad altre e diverse selezioni per commesse pubbliche (conseguenza che illogicamente discenderebbe dalla mancata dichiarazione di precedenti privi di efficacia soltanto perché prescritta nella gara indetta da Autostrade); sotto altro profilo, sarebbe del tutto carente la motivazione dell'esclusione;

c) l'illegittimità dell'annotazione per difetto di presupposti, stante l'applicabilità della sanzione ai soli casi di carenza dei requisiti di ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi) ex art. 48 Cod. contr. pubbl., con esclusione dei requisiti di ordine generale ex art. 38 cit.;

d) la mancata attivazione delle garanzie procedimentali previste dalla stessa Autorità nelle proprie determinazioni nn. 10/2003 e 1/2008;

e) in via subordinata, il contrasto tra l'art. 38, comma 1, lett. h), Cod. contr. pubbl. e l'art. 45, lett. g), dir. 2004/18/CE, nella parte in cui la norma nazionale non connota la colpevolezza (del comportamento omissivo o mendace del concorrente) in termini di gravità; contrasto ancor più rilevante alla luce della recente sentenza Corte giust. CE, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, ove la facoltà del legislatore interno di adottare, in materia di accesso alle gare, misure più restrittive rispetto ai precetti comunitari viene condizionata all'osservanza dei principi di proporzionalità e di trasparenza e non discriminazione.

Costituitesi in resistenza le parti intimate, alla suindicata udienza di merito la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Disattese le eccezioni preliminari di irricevibilità e inammissibilità formulate dalle intimate – alla luce: a) dell'applicabilità, anche alla notifica effettuata dall'avvocato a mezzo del servizio postale ai sensi della l. n. 53 del 1994, del principio secondo cui la formalità si perfeziona al momento della consegna dell'atto all'ufficio postale (nella specie, tale adempimento risulta effettuato il 9 giugno 2009 e dunque tempestivamente rispetto alla comunicazione del provvedimento impugnato, avvenuta il 10 aprile 2009; cfr. T.a.r. Lazio, sez. III-ter,

15 luglio 2009, n. 7006); b) dell'espressa limitazione dell'odierno petitum all'annotazione della ricorrente nel Casellario informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici (nell'atto introduttivo la società istante riconosce di non aver "ritenuto conveniente" impugnare il diniego di aggiudicazione definitiva pronunciato da Autostrade; cfr. pag. 5 ric.), mentre la contestazione riguardante la lex specialis afferisce, a ben vedere, alle conseguenze "extra-gara" dell'esclusione; c) dell'autonoma lesività dell'annotazione nel Casellario informatico, disposta all'esito di un procedimento, curato dall'Autorità resistente, che si avvia con la segnalazione della stazione appaltante (mentre non vi è interesse a dolersi di detta segnalazione, in quanto atto privo di valenza provvedimentale) - è opinione del Collegio che il ricorso sia fondato nei sensi che seguono.

Risulta dagli atti che a fronte della dichiarazione del legale rappresentante e dell'amministratore delegato della società ricorrente di non aver riportato condanne penali in giudicato o decreti pensali irrevocabili o sentenze di patteggiamento, siano invece emerse: a carico del primo, due condanne a seguito di patteggiamento per trasporto abusivo ex art. 46 l. n. 298/1974 (irrevocabile nell'aprile 1995; la multa era di lire 140.000, pari a euro 72,30) e per violazione di norme fiscali (irrevocabile nell'ottobre 1997; la multa era di lire 500.000, pari a euro 258,23); a carico dell'amministratore delegato, un decreto penale di condanna per trasporto abusivo ex art. 46 cit. (reso esecutivo nel maggio 1986; l'entità della multa era di lire 200.000, pari a euro 103,29).

È tuttavia altrettanto pacifico che la condotta di trasporto abusivo (per entrambi risalente nel tempo e sanzionata con pena pecuniaria di esigua entità) è stata depenalizzata nel 1999 e che il reato fiscale (parimenti risalente e sanzionato in modo esiguo) si è estinto ai sensi dell'art. 445, 2° comma, c.p.p. (non avendo il legale rappresentante commesso reati della stessa indole nei cinque anni successivi alla sentenza).

Di tali circostanze ha dato atto il Tribunale di Treviso con tre ordinanze dell'ottobre e del dicembre 2008 (successive alla dichiarazione di gara; esse recano rispettivamente revoca della sentenza di patteggiamento e del decreto penale di condanna per trasporto abusivo alla luce dell'intervenuta abolitio criminis nonché declaratoria di estinzione del menzionato reato fiscale ex art. 445, 2° comma, c.p.p. cit.).

Tanto precisato, può ritenersi 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.

Nella propria determinazione n. 1 del 2008 detta Autorità individua la norma agendi per il caso in cui essa sia portata a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico: in tale ipotesi, dunque, l'Avcp "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".

Ad avviso del Collegio, 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.

Non vi è dubbio allora, venendo al caso di specie, che l'Autorità avrebbe dovuto: i) anzitutto, instaurare un procedimento in contraddittorio con l'impresa, al fine di esaminare eventuali controdeduzioni (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009. n.

1414, sulla necessità dell'interlocuzione con l'impresa in ordine alle irregolarità riscontrate e alle relative ragioni); ii) accertare, all'esito, l'eventuale configurazione del mendacio anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo (tenuto conto della natura dei reati e della completa perdita di "effetti" degli stessi).

A quest'ultimo riguardo, deve infine rilevarsi come la stessa stazione appaltante, nella propria segnalazione all'Autorità, abbia palesato dubbi sull'illecito, avendo da un lato osservato di aver compilato il campo (del modello standard di segnalazione) denominato "dichiarazioni scientemente false", "in funzione della accertata discordanza tra la dichiarazione resa dall'aggiudicatario […] e le risultanze del certificato integrale del casellario giudiziale acquisito", ma dall'altro precisato di non disporre "di ulteriori elementi per valutare la effettiva coscienza del dichiarante circa la falsità di quanto attestato" (cfr. documentazione depositata dalla difesa erariale il 30.6.2009).

Ne segue - in accoglimento dei relativi mezzi (v. supra, punti 1.a e 1.d), assorbiti gli altri e respinta l'istanza risarcitoria (per difetto di allegazioni e prove sul pregiudizio asseritamente patito) - l'illegittimità dell'iscrizione, stante l'omessa valutazione da parte dell'Autorità in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo delle "false dichiarazioni" rese dagli esponenti aziendali della ricorrente. L'annotazione impugnata va pertanto annullata (salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione).

3. Le oscillazioni giurisprudenziali sul punto controverso consentono di ravvisare i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 ottobre 2009, con l'intervento dei signori:

Bruno Amoroso, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Primo Referendario

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO