

T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 26-03-2010, n. 4776

REPUBBLICA ITALIANA

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 3042 del 2009, proposto da:

Soc A. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Tommaso Di Nitto, Giuseppe Morbidelli, Michele Roma, Luisa Torchia, con domicilio eletto presso Studio Legale Torchia Avv. Luisa E Altri Stp in Roma, via Sannio, 65;

contro

Autorità Vigilanza Contratti Pubblici di Lavori Servizi Forniture, Ministero della Difesa, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della nota, prot. n. 7772/09/VISF, del 10/02/2009 della direzione generale vigilanza servizi e forniture dell'ufficio USI nonche" degli atti indicati nell'epigrafe del ricorso...

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Autorità di Vigilanza per Contratti Pubblici di Lavori Servizi Forniture;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2010 il primo referendario Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

---

## Svolgimento del processo

Con bando di gara del 12122007 Autostrade per l'Italia s.p.a. ha indetto una procedura aperta, suddivisa in più lotti, per l'affidamento dei contratti assicurativi per il personale dipendente e per il parco veicoli della stessa società Autostrade e per le controllate. A. s.p.a. ha presentato domanda di partecipazione per il lotto 1 (assicurazione infortuni dipendenti e dirigenti e invalidità permanente e malattia dirigenti), in coassicurazione con la Zurich s.p.a., e per il lotto 2 (assicurazione temporanea in caso di morte per i dirigenti). A seguito della valutazione delle offerte, per il lotto 1, è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'A.- Z.. Pertanto, è stata richiesta la documentazione definitiva. A seguito della verifica di tale documentazione, Autostrade per l'Italia s.p.a. disponeva la esclusione della A. s.p.a., comunicando con nota del 1832008, che risultava una dichiarazione non veritiera in relazione all'art 38 del d.lgs. n° 163 del 1242006. A seguito dell'esercizio del diritto di accesso l'A. s.p.a. veniva a conoscenza che il provvedimento era basato sulla esistenza a carico di uno dei membri del consiglio di amministrazione della società di un decreto penale del 1441995, per il reato di cui all'art 17 comma 6 d.l. n° 95 dell'841974, violazione delle norme relative al mercato mobiliare e al trattamento fiscale dei titoli azionari, norma abrogata 214, comma 1, del *d.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a decorrere dal 1° luglio 1998.

Avverso tale provvedimento è stato proposto il ricorso n° 4998 del 2008 per i seguenti motivi: violazione *dell'art 2 del codice penale*; violazione dell'art 7 della legge n° 241 del 781990; eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia manifesta; violazione per errata applicazione dell'art 38 lettere b) e c) del d.lgs n° 163 del 2006; dell'art 76 del d.p.r. n° 445 del 28122000; violazione dell'art 45 paragrafo 2 lettera g) della direttiva n° 18 del 2004; eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia manifesta.

Successivamente, a seguito di una richiesta dell'A., la società Autostrade confermava l'esclusione con lettera del 1652008; avverso tale nota sono stati proposti motivi aggiunti, notificati il 662008.

Si costituiva la società Autostrade contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 12 giugno 2008 la sezione III ter respingeva la domanda cautelare, in relazione alla sussistenza delle false dichiarazioni. Con nota del 462008 la società Autostrade comunicava l'aggiudicazione definitiva della gara all'Ina Assitalia. Avverso il provvedimento di aggiudicazione

definitiva sono stati proposti ulteriori motivi aggiunti con atto notificato il 172008, anche alla Ina Assitalia, riproponendo le medesime censure del ricorso principale e formulando altresì una ulteriore censura relativa alla violazione degli artt 5 e 15 del d.p.r. n° 313 del 2002 e formulando domanda di risarcimento danni; successivamente, il 30102008, è stato notificato un terzo atto di motivi aggiunti avverso la annotazione nel Casellario informatico disposta dall'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, comunicata il 1672008.

Con bando pubblicato sulla gazzetta ufficiale del 29102008 l'Aeronautica militare Comando logistico 2 divisione ha indetto una procedura ristretta per la copertura assicurativa dei rischi aeronautici connessi al trasporto aereo di Stato, di Governo e per ragioni umanitarie. Con lettera di invito del 13112008 è stata invitata a partecipare anche la A. s.p.a. Al momento della presentazione della domanda di partecipazione la A. dichiarava di non aver reso, nell'anno antecedente alla presentazione della domanda, false dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti di partecipazione. Peraltro, poiché dal Casellario informatico risultava l'annotazione per la falsa dichiarazione resa nella gara indetta dalla società Autostrade, il Ministero della difesa Comando logistico dell'aeronautica militare, con provvedimento del 26112008, disponeva la esclusione dalla gara. Pertanto, l'Autorità di Vigilanza provvedeva ad una ulteriore annotazione decorrente dall'11 febbraio 2009. Avverso l'annotazione e avverso la comunicazione da parte della stazione appaltante all'Autorità è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione del principio di legalità; violazione degli artt 7 e segg. della legge n° 241 del 781990 e del diritto di difesa; violazione del principio di proporzionalità; violazione *dell'art 41 della Costituzione*; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti; sussistenza di un falso innocuo, irragionevolezza illogicità; insussistenza di un giudicato circa la prima annotazione; in via subordinata: illegittimità delle determinazioni n° 1 del 2005 e n° 1 del 2008 dell'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici. Si è costituita l'Autorità di Vigilanza contestando l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 1572009 è stata accolta la istanza cautelare di sospensione dell'annotazione.

All'udienza pubblica del 1722010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

### Motivi della decisione

In via preliminare deve essere dichiarata inammissibile l'impugnazione proposta avverso la comunicazione da parte dell'Aeronautica militare

all'Autorità di Vigilanza. Si tratta, infatti, di un mero atto endoprocedimentale privo di autonoma lesività, lesività che consegue solo all'annotazione nel casellario informatico.

Come già affermato dalla sezione (Tar Lazio sezione III n° 3329 del 2009 e n° 11068 del 2009), l'annotazione nel casellario informatico, ha, invece, un autonomo contenuto lesivo, in base alla espressa previsione dell'art 38 lettera h) del d.lgs. n° 163 del 1242006. Poiché, in base a tale norma, costituisce una autonoma causa di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche, aver reso, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione " risultanti dai dati in possesso dell'osservatorio", è evidente che l'annotazione costituisce il presupposto al cui verificarsi consegue l'esclusione dalle gare per un anno.

Ne deriva che, per rispettare la razionalità e la logicità del sistema, l'annotazione non possa configurarsi come un atto automatico e dovuto, meramente consequenziale alla comunicazione della esclusione da parte della stazione appaltante.

Per avere conferma di tale interpretazione è sufficiente fare riferimento all'art 6 comma 11 del d.lgs. n° 163 del 1242006. Tale norma prevede il potere sanzionatorio che l'Autorità può esercitare al verificarsi del presupposto delle false dichiarazioni, disponendo che agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti alle stazioni appaltanti, possa applicarsi una sanzione pecuniaria. La sanzione pecuniaria non può essere, di per sé, ritenuta più grave della esclusione dalle gare per un anno; poiché, necessariamente per l'applicazione della sanzione pecuniaria, in base ai principi generali in materia sanzionatoria, l'Autorità deve valutare quanto meno la colpevolezza ai sensi dell'art 3 della legge n° 689 del 24111981, ne deriva che anche per disporre l'annotazione, l'Autorità deve operare tale valutazione. Inoltre, l'art 48 del d.lgs. n° 163 del 1242006 prevede, nel caso degli stesso presupposti della false dichiarazioni relative al possesso dei requisiti, il potere dell'Autorità di sospendere dalle gare tra un minimo un mese e un massimo di dodici mesi, con una graduazione della sanzione ignota all'art 38 lettera h). L'art 27 lettera s) del d.p.r n°34 del 2000 che allo stato regola il casellario informatico prevede l'iscrizione di falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara "accertate in esito alle procedure di cui all'art 10 comma 1 quater" della legge n° 109 dell'1121994; tale norma si riferisce alle sanzioni irrogate dall'Autorità. Nell'ambito della disciplina anteriore al codice degli appalti era dunque chiaro che l'annotazione per false dichiarazioni potesse conseguire ad un procedimento analogo a quello sanzionatorio. Pur nella lacunosità delle norme del d.lgs. n° 163 del 1242006, riguardo ai poteri della Autorità di Vigilanza, non si può ritenere che il presupposto per procedere ad una annotazione per false dichiarazioni, tenendo conto in particolare della gravità della conseguenze ex art 38 lettera h) (esclusione dalle gare per un anno), non sia oggetto di valutazione da parte dell'Autorità prima di procedere all'inserimento della annotazione.

Del resto anche l'Autorità, nella propria determinazione n. 1 del 2008, afferma di procedere all'annotazione nel Casellario informatico, salvo il caso, in cui consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante.

Come già affermato dalla sezione, si deve ravvisare, dunque, pena la irrazionalità del sistema sanzionatorio in materia di contratti pubblici, in capo all'Autorità 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 le locuzioni, generiche, quale ad es. l'"inconferenza", della determinazione n° 1 del 2008, si riferiscano (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11068).

Nel caso di specie, in relazione ad una pregressa annotazione oggetto di un ricorso giurisdizionale, è evidente che l'Autorità, prima di procedere ad una nuova annotazione avrebbe dovuto avviare il contraddittorio con la impresa interessata al fine di valutare la colpevolezza in ordine alla nuova falsa dichiarazione (cfr altresì 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) e quanto meno verificare se procedere semplicemente ad una integrazione della precedente annotazione invece di disporre la nuova annotazione.

Inoltre, nel frattempo, erano altresì, mutate le circostanze di fatto, essendo intervenuto il decreto di revoca del decreto penale a carico del Prof Gabrielli ex [\*art 673 del codice di procedura penale\*](#).

Sotto tali profili il ricorso è fondato e deve essere accolto con annullamento della annotazione impugnata. L'accoglimento per tali motivi di ricorso comporta l'assorbimento delle ulteriori censure.

In relazione alla complessità delle questioni, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

### P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, sezione III, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Primo Referendario, Estensore