

**Il T.A.R. Lazio, Sez.III, 12 dicembre 2009, n.12837**

Il Tribunale Amministrativo per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 2257/2009 R.g. proposto da F. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti N. M. e M. R., elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma;

**contro**

l'A. per la v. sui c. p. di l., s. e f., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'A. g. dello S., presso è domiciliata in Roma;

**per l'annullamento**

*previa sospensione dell'efficacia,*

dell'annotazione della ricorrente nel Casellario informatico ex d.P.R. n. 34/2000 pubblicata il 14 gennaio 2009; di ogni altro atto connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione dell'intimata;

viste le memorie e gli atti tutti di causa;

sentiti alla pubblica udienza del 25 novembre 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 ritualmente instaurato la società F., premettendo di essere stata estromessa da una gara d'appalto indetta dall'U. degli s. di R. "L. S." in ragione della non veridicità della dichiarazione, resa dal presidente e amministratore delegato della stessa ricorrente, sull'assenza di condanne col beneficio della non menzione (essendo invece emersa a carico di tale soggetto una condanna per tentato furto risalente al 1995), e di essere stata conseguentemente iscritta nel casellario informatico presso l'O. sui c. p. (a seguito della segnalazione effettuata nell'ottobre 2008 dalla stazione appaltante), ha chiesto l'annullamento dell'annotazione nella parte in cui, anziché limitarsi a indicare, quale titolo dell'inserimento nel casellario, la dichiarazione non veritiera, avrebbe fatto altresì riferimento all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006; e ciò nonostante una successiva segnalazione in tal senso della stazione appaltante, trasfusa (nell'aprile 2009) in un'integrazione dell'annotazione a dire dell'istante parimenti insoddisfacente.

A sostegno del gravame essa ha dedotto:

a) la violazione e falsa applicazione dell'anzidetto art. 38, comma 1, lett. c): tale disposizione, ispirata al fine di precludere la partecipazione ai pubblici incanti di soggetti non affidabili sotto il profilo della moralità professionale, richiederebbe una valutazione in concreto della stazione appaltante in ordine alla gravità degli eventuali precedenti penali risultanti a carico degli esponenti aziendali; nel caso di specie, tale apprezzamento non sarebbe mai stato effettuato dall'Università, stante l'automaticità dell'effetto espulsivo dalla gara derivante dal riscontrato mendacio; ciò sarebbe confermato, oltre che dal disposto dell'art. 76 d.P.R. n. 445/2000, sulla decadenza "dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera", e dalle inerenti determinazioni dell'A. (nel parere n. 234 del 23 ottobre 2008, l'A. avrebbe riconosciuto la natura assorbente della falsità commessa in sede di dichiarazione di gara, fattispecie dalla quale esulerebbe l'incidenza del reato non dichiarato sulla moralità e affidabilità dell'impresa), anche dalla circostanza che la stessa

stazione appaltante avrebbe chiesto la rettifica dell'annotazione originaria;

b) violazione e falsa applicazione degli artt. 27 d.P.R. n. 34/2000 e 6 e 7 d.lgs. n. 163/06, stante l'insussistenza del potere dell'A. intimata di disporre annotazioni a carico di operatori economici difformi dalle comunicazioni delle stazioni appaltanti e frutto di un'autonoma valutazione degli stessi elementi posti a base dell'esclusione (ciò dipendendo dalla natura meramente esecutiva dell'attività di inserimento dei dati nel casellario).

Costituitasi in resistenza l'intimata, alla suindicata udienza di merito il giudizio è stato trattenuto in decisione.

2. Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

È pacifico che la stazione appaltante abbia provveduto a "revocare" l'aggiudicazione in favore della F. per effetto del mendacio commesso dal presidente di questa società circa i propri precedenti penali, segnalando tale circostanza all'A. ai fini dell'iscrizione nel casellario.

L'annotazione è però avvenuta nei seguenti termini: "La S.A. [...] ha comunicato di avere revocato l'aggiudicazione provvisoria [...] per avere accertato l'esistenza [...] di sentenza di applicazione della pena [...], ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/06. La S.A. ha altresì segnalato la falsa dichiarazione [...] circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c"; essa è stata poi integrata come segue: "su espressa richiesta della S.A. [...] si precisa che da parte della stessa S.A. `è stata disposta la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria [...] perché il presidente [...] ha prodotto, in sede di gara, una dichiarazione, risultata non veritiera, circa l'assenza di condanne con il beneficio della non menzione (art. 38 co. 2 del d.lgs. 163/06 e ss.mm.ii.) [...]".

La ricorrente contesta allora non già l'inserimento nel casellario per la dichiarazione non veritiera, ma il riferimento al menzionato art. 38, comma 1, lett. c), a suo dire idoneo a costituire un pregiudizio suscettibile di protrarsi anche al di là del periodo annuale di inibizione dalla partecipazione a gare d'appalto previsto quale conseguenza del mendacio.

La doglianza è condivisibile.

Il comma 1, lett. c) dell'art. 38 preclude la partecipazione alle gare d'appalto (e la stipulazione dei relativi contratti) ai soggetti "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" (la norma prosegue tipizzando alcune ipotesi di "gravità", stabilendo che è causa di esclusione "la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio"); il successivo comma 2 stabilisce che "il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione".

È allora evidente che mentre la causa di esclusione contemplata dalla menzionata lett. c) richiede un'attività valutativa in ordine alla gravità del reato, finalizzata a verificare se lo stesso possa o non incidere sulla moralità professionale del concorrente, l'accertata sussistenza del mendacio, comporta, almeno per la normativa nazionale, l'automatica decadenza dai "benefici" (nella specie, l'aggiudicazione) e l'impossibilità di contrattare con l'amministrazione per un anno

(cfr. art. 38, comma 1, lett. h, cod. contr.; la disposizione va letta in collegamento con l'art. 27, comma 2, lett. s, d.P.R. n. 34 del 2000, che prevede l'iscrizione nel casellario di "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").

Analizzando il caso di specie alla luce dei riportati dati normativi, si può certamente convenire con l'argomentazione della difesa erariale circa la possibilità che un medesimo fatto storico possa essere ricondotto a entrambi i "titoli" in disamina (ciò che accade allorquando il precedente penale non dichiarato sia stato altresì reputato dalla stazione appaltante talmente grave da determinare il venir meno della moralità professionale).

Non pare tuttavia possibile aderire all'altra opinione, parimenti enunciata dalla parte pubblica, che l'annotazione fosse in concreto imposta dall'art. 27, comma 2, lett. q), d.P.R. n. 34 del 2000, a mente del quale sono inserite nel casellario "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".

L'ambito operativo di quest'ultima norma non coincide con quello dell'art. 38, comma 1, lett. c) - come appunto dimostrato dal caso di specie, nel quale una condanna di patteggiamento per tentato furto (reato contro il patrimonio) non risulta apprezzata in termini di gravità dalla stazione appaltante -, ciò che si spiega in ragione delle diverse funzioni assolte dalle disposizioni in esame: l'art. 38 stabilisce i requisiti di legge per poter contrattare con l'amministrazione, mentre l'art. 27 elenca, in ottica meramente notiziale, gli elementi da inserire nel casellario.

Di qui, la fondatezza della prima doglianza, dovendo ritenersi illegittimo il riferimento, contenuto nella contestata annotazione, alla lett. c) dell'art. 38 in ragione dell'assenza, nel provvedimento espulsivo assunto dalla stazione appaltante, di qualsiasi apprezzamento sulla gravità del reato taciuto (e sulla sua incidenza sulla moralità professionale).

3. Il ricorso - assorbite le censure non esaminate - va pertanto accolto nei sensi anzidetti, con conseguente annullamento dell'annotazione in tutte le parti in cui richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

La peculiarità delle questioni affrontate permette di ravvisare i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese processuali.

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 l'impugnata annotazione *in parte qua*.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 25 novembre 2009, con l'intervento dei signori:

Domenico Lundini, Presidente FF

Giuseppe Sapone, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore