

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 20 aprile 2009, n. 3976

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
SEZIONE TERZA

composto dai Signori: BRUNO AMOROSO Presidente
DOMENICO LUNDINI Cons., rel. est.
CECILIA ALTAVISTA Primo Referendario

ha pronunciato la seguente
SENTENZA

sul ricorso 9105/2008 proposto da:

"X" S.r.l., rappresentata e difesa da C. Avv. F.S. e S. Avv. F., con domicilio eletto in Roma, Via Foro di Traiano, 1/A, presso S. & Associati studio legale

contro

Autorità per la Vigilanza "Y", rappresentata e difesa da Avvocatura dello Stato, con domicilio eletto in Roma, Via dei Portoghesi, 12 presso la sua sede

Regione "Z"

per l'annullamento

-della delibera del Consiglio dell'Autorità n. 66/08, depositata il 30 settembre 2008, con la quale l'Autorità per la Vigilanza "Y" ha irrogato a "X" S.r.l. (omissis) la sanzione pecuniaria di euro 2.000 oltre alla sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un mese, per non aver presentato, in sede di prova delle dichiarazioni rese in gara, documentazione idonea nel termine assegnato di dieci giorni, successivamente prorogato dalla Stazione appaltante;

-della nota di accompagnamento del 30 settembre 2008 prot. 54110/08/Pres, nonché della nota del 6 giugno 2008 prot. N. 33638/08/VISF con la quale l'Autorità ha contestato a "X" S.r.l. l'asserito indampimento agli obblighi di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163/06;

-della nota del 6 ottobre 2008 prot. N. 54996/08/VISF, con la quale è stata comunicata ad "X" S.r.l. l'iscrizione dell'annotazione nel Casellario informatico delle imprese con pubblicazione a partire dal 7 ottobre;

-in quanto occorrer possa: delle determinazioni del Consiglio dell'Autorità n. 1/2008 e n. 1/2005, qualora fossero interpretate nel senso di ritenere obbligatoria l'irrogazione della sospensione dalla partecipazione alle gare anche nel caso di dichiarazione veritiera ma comprovata tardivamente; della nota a firma del responsabile del procedimento della Regione "Y" del 9 gennaio 2008 prot. N. 4306, con la quale è stata effettuata la segnalazione all'Autorità; della nota del 22 novembre 2007 prot. N. 0234189, con la quale la Regione "Z" ha disposto l'esclusione di "X" S.r.l. dalla gara per l'affidamento del servizio di attivazione e gestione dell'Anagrafe regionale degli studenti su base di Anagrafi Provinciali; nonché del relativo bando di gara, nella parte in cui non identifica la documentazione che verrà richiesta all'aggiudicatario al fine di comprovare le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti speciali; della nota del 17 marzo 2008 prot. 10134, con la quale la Regione "Z" ha riscontrato l'istanza

inviata da "X" S.r.l., precisando che la segnalazione all'Autorità era atto dovuto alla luce dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/06;
-di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, anche se non conosciuto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di:
Autorità per la Vigilanza "Y"
Viste le memorie difensive delle parti;
Visti gli atti tutti della causa;
Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;
Uditi nella pubblica udienza del 7 gennaio 2009, designato relatore il Consigliere Domenico LUNDINI, gli avvocati come da verbale di udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

Costituisce prioritario oggetto d'impugnativa, da parte di "X" S.r.l., nella controversia in esame, il provvedimento del Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza "Y" in data 30.9.2008, di irrogazione alla società ricorrente, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, della sanzione pecuniaria di euro 2000,00 (duemila,00) nonché della sospensione per un mese dalla partecipazione alle procedure di affidamento, con relativa annotazione, a partire dal 7 ottobre 2008, delle sanzioni stesse nel Casellario Informativo delle imprese.

Il provvedimento sanzionatorio suddetto dell'Autorità per la Vigilanza ha nella specie il suo antecedente logico e cronologico nell'esclusione di "X" S.r.l. dalla gara indetta dalla Regione "Y" per l'affidamento del servizio di attivazione e gestione dell'anagrafe regionale degli studenti sulla base di anagrafi provinciali.

L'esclusione è stata disposta dalla Stazione appaltante per mancata dimostrazione, nei termini prima concessi (dieci giorni) e poi prorogati, dei requisiti, dichiarati da "X" S.r.l. in sede di domanda di partecipazione, di idoneità tecnico organizzativa consistenti, nello specifico, nello svolgimento nell'arco degli ultimi tre anni di servizi identici nel settore oggetto della gara per un importo non inferiore a 80.000,00 euro.

In effetti, in sede di verifica, da parte della Regione "Y", ai sensi del citato art. 48, dei requisiti tecnico-economici di partecipazione, "X" S.r.l. ha reiteratamente prodotto documentazione dimostrativa dei servizi predetti che però la stazione appaltante, in data 19.11.2007, ha definitivamente ritenuto non adeguata, completa e confacente, con conseguente esclusione di "X" S.r.l. stessa dalla procedura di affidamento, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità per la Vigilanza per i provvedimenti di competenza.

Avverso le determinazioni impugnate, ed in epigrafe specificate, la società istante prospetta tre motivi di ricorso, assumendo, in estrema sintesi:

-che nel caso, come quello di specie, di ritardata produzione di documentazione dimostrativa dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, l'Autorità non ha il potere di applicare le sanzioni previste dalla disposizione suddetta e di sospendere in particolare dalla partecipazione alle procedure di affidamento, non essendovi falsità di dichiarazione;

-che comunque, nel caso di cui trattasi, non vi è stata grave negligenza da parte della ricorrente in sede di riscontro alla verifica dei requisiti, trattandosi di appalto "sotto soglia",

mancando altresì nella *lex specialis* una precisa indicazione della documentazione dimostrativa da presentare, e vertendosi in definitiva, anche sulla base della documentazione iniziale e integrativa presentata dalla ricorrente stessa, in ipotesi di comportamento scusabile, cui sono conseguite invece sanzioni sproporzionate; -che vi sarebbe, infine, nell'ipotesi di un'interpretazione del ripetuto art. 48 nel senso di imporre l'applicazione della sanzioni in questione da parte dell'Autorità di Vigilanza anche nel caso di mera tardività nella prova dei requisiti, la sussistenza di un contrasto della norma suddetta con le direttive comunitarie in materia e con i principi costituzionali di legalità e buon andamento. L'Autorità di Vigilanza si è costituita in giudizio e ha controdetto *ex adverso*.

L'istanza cautelare è stata accolta, con ordinanza n. 4839/2008.

Premesso quanto sopra, rileva il Collegio che il ricorso è meritevole di accoglimento, alla stregua della condivisibile giurisprudenza di questa Sezione, ma anche del Consiglio di Stato, per cui nel segmento procedimentale, ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, di competenza dell'Autorità di Vigilanza, le ulteriori sanzioni (pecuniaria e di temporanea inibizione della partecipazione a procedure di affidamento) che l'Autorità stessa può applicare a seguito della comunicazione da parte di una Stazione appaltante dell'avvenuta esclusione di un'impresa da una gara d'appalto per mancata comprova dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti dal bando, si giustificano solamente nel caso in cui vi sia stata falsa dichiarazione iniziale dei requisiti stessi, e non invece quando la documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti sia stata, benché tardivamente, comunque presentata, mancando in questo caso il necessario presupposto applicativo delle sanzioni, ovvero il difetto sostanziale dei requisiti e la mendace dichiarazione al riguardo, in sede di gara, dell'impresa concorrente (cfr., in termini, Tar Lazio, Roma, III, 25.7.2006, n. 6404 e CdS, IV, 20.7.2007, n. 4098; vedi anche CdS, VI, 18.5.2001, n. 2780).

Invero, per quanto attiene alle conseguenze del negativo esito dei controlli dei requisiti tecnico-economici di partecipazione, ex art. 48 del Codice dei Contratti, occorre distinguere la fase di competenza della Stazione appaltante -in cui, se entro il termine utile stabilito la documentazione non viene fornita l'impresa inadempiente incorre in conseguenze necessitate, e cioè nell'esclusione dalla gara, nell'incameramento della cauzione provvisoria e nella segnalazione all'Autorità di Vigilanza per i conseguenti provvedimenti- dalla fase di competenza dell'Autorità predetta, in cui rilevano valutazioni diverse, riguardanti la sussistenza o meno di giustificati motivi del comportamento dell'impresa e il sostanziale possesso, o meno, dei requisiti di partecipazione.

Per cui, se la prova al riguardo, come nel caso in esame è avvenuto con attestazione datata 8.2.2008, è tardivamente ma positivamente fornita, sebbene le vicende di gara (esclusione ed incameramento) restano sfavorevolmente definite, la concorrente ritardataria non sarà tuttavia assoggettata a sanzione, non avendo fornito falsa dichiarazione (vedi CdS, decisione citata n. 4098/07).

In questo senso dev'essere invero interpretato, ad avviso di questo Tribunale, l'art. 48 più volte citato, sia per ragioni di coerenza sistematica, atteso che l'art. 38 dello stesso D.Lgs. n. 163/2006 prevede il divieto di partecipazione alle gare di appalto soltanto nel caso di false dichiarazioni rese in merito ai requisiti di partecipazione e alle condizioni rilevanti ai fini della partecipazione alle procedure stesse (comma 1, lettera h), sia perché l'ipotesi della tardiva dimostrazione dei requisiti, non sembra

giustificare (oltre alle conseguenze espulsive nella singola gara in cui il fatto si è verificato) l'ulteriore aggravio delle sanzioni dell'Autorità di Vigilanza, in accordo con l'art. 38 lett. f) del D.Lgs. 163/06, dato che tale disposizione concerne ipotesi giustificative dell'esclusione (grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni ed errori professionali) non assimilabili al comportamento che dinanzi all'Autorità di Vigilanza viene in rilievo nella vicenda di cui trattasi.

D'altra parte, lo stesso art. 45, par. 2, lettera g), della Direttiva 2004/18/CE prevede che può essere escluso dall'appalto l'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". Donde, ritiene ulteriormente il Collegio, la necessità di un'interpretazione coerente, equilibrata e proporzionata dello stesso art. 48 del Codice dei Contratti del 2006, nel senso che l'irrogazione, da parte dell'Autorità di Vigilanza, in aggiunta a quelle già applicate dalla Stazione appaltante, delle sanzioni pecuniaria e di sospensione dalla partecipazione a gare di affidamento, è del tutto eventuale e presuppone il riscontro dell'assenza dei requisiti dichiarati, o la mancata definitiva comprova dei requisiti stessi, e quindi la falsità della dichiarazione resa, non essendo sufficiente il mero ritardo probatorio al riguardo.

Né può condividersi la ricostruzione interpretativa dell'avvocatura erariale, resa in sede difensiva, per cui l'art. 48 sopra citato, a differenza dell'art. 10 comma 1 quater della legge n. 109/94 (che richiamava l'art. 8 comma 7 della stessa legge e questo a sua volta l'art. 24 della direttiva 93/37/CEE con il relativo riferimento ai soli casi di false dichiarazioni), non facendo più, nemmeno indirettamente, distinzione tra falsità o veridicità delle dichiarazioni, sanzionerebbe inevitabilmente ed alla stessa stregua, nella parte attributiva del relativo potere all'Autorità di Vigilanza, chiunque non ottemperi all'obbligo di rispondere nel termine all'uopo stabilito di dieci giorni.

Rimarca infatti il Collegio che l'art. 48 suddetto è sostanzialmente reiterativo, stando alla ratio ad esso sottesa, dell'art. 10 comma 1 quater della legge n. 109/94, perché la differenza enunciativa valorizzata dalla difesa dell'Amministrazione ("L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento"), rispetto alla precedente disposizione, si giustifica tenendo conto della diversa durata apprestata nel 2006 per le aggiuntive misure sanzionatorie di competenza dell'Autorità di Vigilanza, paramtrate invece, sotto detto profilo, nel ripetuto art. 10 comma 1 quater, a quelle di cui all'art. 8, comma 7, della stessa legge n. 109/94.

In base alle esposte considerazioni, e con assorbimento di ogni profilo di censura non esaminato, dev'essere quindi accolto il ricorso in epigrafe, nei limiti dell'interesse della ricorrente, dovendosi, per l'effetto, annullare gli atti impugnati dell'Autorità di Vigilanza e la relativa annotazione nel Casellario informatico, nulla dovendosi, in carenza d'interesse, disporre per il resto, ed anche (stante l'avvenuta sospensione cautelare degli atti lesivi) in riferimento alla generica e subordinata domanda risarcitoria.

Quanto alle spese, le stesse, sussistendo giustificati motivi, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, accoglie il ricorso in epigrafe ed annulla per l'effetto gli atti impugnati, nei termini e limiti di quanto in motivazione specificato.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 7 gennaio 2009.