

N. 00277/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02416/2011 REG.RIC.



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 2416 del 2011, proposto da:

Soc Cis Elt Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Francario, Enrico Zampetti, con domicilio eletto presso Fabio Francario in Roma, via della Mercede, 11;

contro

Autorita' per la Vigilanza per i Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Comune di Alcamo;

per l'annullamento

- del provvedimento dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 19/2011 con il quale si dispone l'inserimento nel casellario informatico in danno della ricorrente dell'annotazione per false dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, lett. h d.lg. 163/2006;
- di ogni altro atto indicato nell'epigrafe del ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza per i Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2011 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Alcamo per l'affidamento dei lavori di urbanizzazione primaria della zona tra via S.Salvatore e via Maria del Riposo. Nella domanda di partecipazione, in data 1-2-2010, dichiarava l'inesistenza di cause di esclusione, di cui all'art 75 del d.p.r n° 554 del 1999, facendo riferimento alla mancanza di irregolarità definitivamente accertate in materia di imposte e tasse e di non aver commesso infrazioni gravi, debitamente accertate agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro.

Dal certificato di regolarità contributiva del 26-1-2010 risultava la regolarità dei pagamenti.

Successivamente, il Comune di Alcamo verificava una omissione contributiva per il mese di dicembre 2009 e procedeva alla esclusione della società con provvedimento del 6-5-2010.

Nel frattempo, nell'aprile del 2010, la società Ciselt provvedeva al pagamento dei contributi relativi al mese di dicembre 2009.

L'Autorità di Vigilanza con provvedimento del 21-1-2011 disponeva a carico della Ciselt l'annotazione nel casellario informatico in relazione alla falsità delle dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione e irrogava la sanzione pecuniaria di 500 euro.

Avverso tali provvedimenti è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dell' art. 38 lettera h) e lettera i) del d.lgs. n°163 del 12-4-2006; della determinazione n° 1 del 2008 della Autorità di Vigilanza; difetti dei presupposti; violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità e adeguatezza; illogicità e irragionevolezza;

violazione dei principi di partecipazione al procedimento; degli artt 3 e 9 della legge n° 241 del 1990; difetto di istruttoria; errore dei presupposti di fatto e di diritto;

violazione e falsa applicazione dell'art 6 del d.lgs. n° 163 del 2006; dell'art 3 della legge n° 689 del 1981.

Si è costituita l'Autorità di Vigilanza contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 4-5-2011 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

Alla udienza pubblica del 14-12-2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

L'art 38, nel testo applicabile ai fatti di causa, prevedeva alla lettera h) l'esclusione dalle gare per coloro che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara avessero reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; alla lettera i) prevede l'esclusione per coloro che abbiano commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti.

L'interpretazione della previsione della lettera i) è in giurisprudenza molto rigorosa tendendo a garantire il massimo adempimento delle prestazioni contributive. In base a tale orientamento giurisprudenziale, si ritiene che la mancanza del requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte non sia sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, atteso che tale tardivo adempimento può rilevare nelle reciproche relazioni di credito e di debito fra i soggetti del rapporto obbligatorio e non anche nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice che debba accertare la sussistenza del requisito della regolarità contributiva ai fini dell'ammissione alla gara (Consiglio Stato , sez. VI, 12 gennaio 2011 , n. 104).

La estrema gravità del mancato rispetto degli obblighi contributivi, sia in relazione ai diritti dei lavoratori, sia per quel che riguarda la finanza pubblica (costretta ad impegnare ingenti risorse per sopperire ai notevoli deficit degli enti previdenziali), sia con riferimento alla corretta concorrenza tra le imprese del settore (potendo essere avvantaggiate le imprese che non rispettano in tutto o in parte, gli obblighi previdenziali), hanno imposto, infatti, con l'art. 2 del D.L. n. 210/2002, così come modificato dalla L. n. 266/2002, la modifica ed il superamento della precedente normativa in materia, con riguardo agli obblighi previdenziali, contemplandosi espressamente l'obbligo di regolarità contributiva al posto del generico riferimento agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro, disposto dalla normativa precedente (

Consiglio di Stato Sez. V, Sent. n. 4273 del 01-08-2007).

A prescindere dall'effettiva configurazione del presupposto della gravità, ai sensi dell'art 38 lettera i), nel caso di specie, trattandosi della omissione del pagamento di una sola mensilità, peraltro regolarizzata dopo qualche mese (dicembre-aprile), l'Autorità di Vigilanza ha irrogato le sanzioni, in relazione al presupposto della falsità delle dichiarazioni rese in sede di domanda di partecipazione alla gara, con conseguente esclusione dalle gare per un anno ai sensi della lettera h) dell'art 38.

Tale circostanza di fatto non risulta oggetto di corretta valutazione da parte dell'Autorità di Vigilanza, quale presupposto per procedere all'annotazione, anche in relazione alle risultanze del certificato DURC del 26-1-2010 (di qualche giorno antecedente alla presentazione della domanda di partecipazione), di cui dà atto la stessa Autorità di Vigilanza nella nota dell'8-9-2010, da cui risulta la regolarità contributiva della società Ciselt.

La giurisprudenza, anche di questo Tribunale (cfr. Tar Lazio III nn. 11068 e 11090/2009 e n. 6640/2010) ha chiarito, infatti, che l'annotazione nel casellario informatico dell'avvenuta esclusione di un'impresa da pubbliche gare per aver reso false dichiarazioni ha un autonomo contenuto lesivo, in base alla espressa previsione dell'art. 38 lettera h) del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006, poiché alla luce di 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. Conseguentemente, per la razionalità e logicità del sistema, l'annotazione non può essere considerata, quando comporti l'esclusione dalle gare per l'anno successivo, altro che una sanzione ulteriore disposta dalla Autorità di Vigilanza accanto alle misure previste dall'art. 6 comma 11 e dall'articolo 48, e, pertanto, può essere legittimamente adottata solo a seguito di un procedimento che assicuri il contraddittorio dell'interessato e la valutazione da parte

dell'Autorità del presupposto per procedere all'annotazione, in particolare in relazione alla falsità delle dichiarazioni (TAR Lazio, III, sentenza 11068 del 2009).

Nella propria determinazione n. 1 del 2008, l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici 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, l'Autorità "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". La clausola di salvezza riportata nell'ultima proposizione è idonea a radicare un potere valutativo che 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, quali ad es. l' "inconferenza") si riferisca (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 novembre 2009 , n. 11068).

Tale orientamento giurisprudenziale ha trovato conferma nella nuova disciplina dell'art 38 introdotta con il d.l. n° 70 del 13-5-2011 peraltro non applicabile al caso di specie, che al nuovo comma 1 ter dell'art 38 ha previsto :. "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia".

Pur non essendo tale norma applicabile al caso di specie, fa appunto riferimento all'orientamento giurisprudenziale,

fatto proprio anche dall'Autorità con la delibera n° 1 del 2010, per cui prima di procedere all'annotazione si deve valutare l'effettiva posizione della impresa rispetto alla falsità delle dichiarazioni rese.

Nel caso di specie, al momento della presentazione della domanda vi era un certificato di regolarità contributiva. Vi era stata l'omissione contributiva del mese precedente (successivamente sanata) e non risultano altre irregolarità. Dal provvedimento impugnato, di irrogazione della sanzione della esclusione dalle gare per un anno e della sanzione pecuniaria, non risulta alcuna specifica valutazione delle concrete circostanze di fatto in particolare in relazione all'elemento soggettivo della falsità.

Il ricorso è quindi fondato e deve essere accolto con annullamento delle sanzioni impugnate.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie 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 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2012

IL SEGRETARIO

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