

N. 03002/2012REG.PROV.COLL.
N. 07031/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7031 del 2008, proposto dalla
Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,
in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Comune di Torre del Greco;

Casertana Costruzioni s.a.s., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio
eletto presso l'avvocato Ennio Luponio in Roma, via Michele Mercati, 51;

per la riforma

della sentenza 24 giugno 2008, n. 6128, del Tribunale amministrativo
regionale per il Lazio, Roma, Sezione terza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2012 il Cons. Vincenzo

Lopilato e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Marone e l'avvocato D'Angiolella.

FATTO e DIRITTO

1.– L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d'ora in avanti Autorità) – a seguito della segnalazione del provvedimento di esclusione, per falsità della polizza fideiussoria presentata, della società Casertana Costruzioni s.a.s. da una procedura di gara indetta dal Comune di Torre del Greco per la manutenzione delle strade cittadine – ha disposto, con atto del 16 maggio 2007, la relativa annotazione nel casellario informatico.

La stessa Autorità, con nota del 4 luglio 2007, n. 38639, ha comunicato all'Italtoa s.p.a. che, in ragione della predetta annotazione, fosse vietato il rinnovo dell'attestazione SOA.

La società Casertana Costruzioni s.a.s. ha impugnato tali atti, con ricorso n. 6541 del 2007, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma.

1.1.– Il Tar adito, con la sentenza 24 giugno 2008, n. 6128, ha accolto il ricorso.

In particolare, il Tar ha ritenuto che «non risulta alcun plausibile e ragionevole elemento da cui possa dedursi una falsità in qualche modo imputabile all'impresa concorrente». Quest'ultima, infatti, si sottolinea nella sentenza, «si è limitata ad acquistare un titolo già formato, regolarmente pagandone il prezzo di mercato».

2.– L'Autorità ha proposto appello per i motivi indicati nel prosieguo.

2.1.– Si è costituita in giudizio la Casertana Costruzioni s.a.s. chiedendo il rigetto dell'appello.

3.– L'appello non è fondato.

3.1.– L'appellante assume che, ai fini dell'annotazione nel casellario informatico, era sufficiente accertare la falsità oggettiva della polizza senza

svolgere anche una indagine relativa alla «imputabilità soggettiva del falso». Tali indagini sono necessarie, si aggiunge, soltanto ai fini del rilascio di una nuova attestazione SOA.

In via preliminare, prima di esaminare la censura, è necessario riportare il contenuto della normativa attributiva del potere all'amministrazione e l'interpretazione che di essa è stata data da parte dell'Autorità e di questo Consiglio.

L'art. 27 del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), vigente *ratione temporis*, prevede che il casellario informatico, istituito presso l'osservatorio per i lavori pubblici, è formato, tra l'altro, «sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA (...) e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti». Nel predetto casellario sono inseriti in via informatica per ogni impresa qualificata i dati, tra l'altro, relativi ad «eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara» (lettera s; si veda, ora, art. 8 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, recante «Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»).

La questione che rileva in questa sede attiene alla individuazione dei poteri che spettano all'Autorità nella fase di iscrizione della comunicazione ricevuta.

L'Autorità, con la determinazione del 10 gennaio 2008, n. 1, il cui contenuto è stato confermato nella successiva determinazione del 21 maggio 2009, n. 5, ha affermato che - quando viene a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico -

procede alla puntuale e completa annotazione dei 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».

I più recenti orientamenti della recente giurisprudenza di questo Consiglio, che il Collegio condivide, «hanno riconsiderato la tesi del carattere meramente consequenziale e necessitato dell'iscrizione nel casellario informatico ed ha chiarito che prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità procede (*rectius*: deve procedere) alle verifiche del caso» (Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243; nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782).

3.2. – Applicando questi principi al caso in esame ne discende l'infondatezza del motivo, ancorché per una motivazione in parte diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata.

In punto di fatto, è pacifico che:

- la società appellata è stata esclusa a suo tempo dalla gara d'appalto, non per aver presentato un documento falso, ma per una carenza documentale, non avendo presentato la polizza fideiussoria;
- il rappresentante della società ha pagato il corrispettivo di 42 euro presso la subagenzia assicurativa di Casal di Principe, 'prontamente' poi denunciando i fatti alla autorità giudiziaria, non appena si è accorto della falsità della polizza.

Come ha ragionevolmente concluso il TAR (e del resto neppure è stato posto in contestazione nell'atto d'appello), nel caso in esame, la falsità denunciata non è imputabile alla società, che ha pagato la somma dovuta ed ha poi immediatamente denunciato alle autorità competenti la falsità riscontrata.

Anche se l'insussistenza del requisito di partecipazione ha giustificato l'esclusione dalla gara d'appalto (come rilevato nel distinto giudizio

proposto dalla società e conclusosi con la sentenza del TAR n. 6418 del 2007), e pur se risulta riferibile ad una inadeguata scelta negoziale l'aver concluso un contratto con un soggetto rivelatosi autore di un reato, osserva il Collegio che l'atto impugnato in primo grado risulta viziato da eccesso di potere per inadeguata istruttoria e valutazione delle circostanze.

Infatti, alla luce della documentazione acquisita nel corso del procedimento alla data di emanazione degli atti impugnati in primo grado, la società non può che essere considerata come "vittima" e non come "autrice" della falsità.

3.3. – Va dunque confermata la statuizione di annullamento disposta dal TAR, salvi però gli ulteriori provvedimenti, qualora – a seguito degli accertamenti effettuati dall'autorità giudiziaria – non risulti l'estraneità della società appellata rispetto ai fatti denunciati in sede penale.

4.– La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello proposto con l'atto indicato in epigrafe n. 7031 del 2008 e conferma la sentenza di annullamento degli atti impugnati in primo grado, salvi gli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2012

IL SEGRETARIO

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