

N. 00310/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00933/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 933 del 2010, proposto da:

- Edil Progetti 1987 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Delfino, Gaetano Di Martino, Roberto Giuseppe Di Martino, con domicilio eletto presso lo studio Iovani, in Salerno, viale Verdi n. 12;

contro

- Comune di Avellino, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Maggi, con domicilio eletto in Salerno, via M. Gaudiosi n. 6 presso lo studio dell'avv. A. De Vivo;

nei confronti di

- Eco Edilizia Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con la

società Don Giustino s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio D' Angelo, con domicilio eletto in Salerno, largo Dogana Regia n. 15, presso lo studio dell'avv. Antonio Brancaccio;

per l'annullamento:

1. del provvedimento, comunicato il 4.5.2010, con il quale la ricorrente è stata esclusa dalla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico della scuola elementare di via Roma;
2. della nota prot. n. 20762 del 3.5.2010, trasmessa alla ricorrente il 4.5.2010, contenente la comunicazione di esclusione;
3. del provvedimento, comunicato il 31.5.2010, in risposta alla nota della ricorrente, trasmessa l'11.5.2010, con il quale il comune di Avellino ha negato l'autotutela;
4. del provvedimento con il quale il comune di Avellino ha inteso verificare l'anomalia dell'offerta formulata dalla costituenda ATI ECO Edilizia Depurazioni s.r.l.; Don Giustino costruzioni s.r.l.;
5. dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitivi in favore dell'ATI Eco Edilizia Depurazioni s.r.l. – Don Giustino costruzioni s.r.l., non conosciuti;
6. ove occorra, del bando e del disciplinare;
7. di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Avellino con la relativa documentazione e le memorie;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della contro interessa Eco

Edilizia Depurazioni con la relativa documentazione e le memorie;
Vista l'ordinanza cautelare n. 610 del 18 giugno 2010 di questo TAR;
Viste le ordinanze di appello cautelare n. 3456 e n. 3457 del 21 luglio 2010 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore alla pubblica udienza del giorno 13 gennaio 2011 il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

- 1.- Con l'odierno ricorso, notificato il 3 giugno 2010 e depositato il 10 successivo, Edilprogetti ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara di appalto, mediante procedura aperta, indetta dal Comune di Avellino con bando pubblicato il 14 ottobre 2009, per l'affidamento dei "Lavori di adeguamento sismico delle strutture dell'edificio della scuola elementare di via Roma, padiglioni a e b".
Ha inoltre impugnato gli atti conseguenti e successivi tra i quali l'aggiudicazione in favore della controinteressata.
- 2.- Espone al riguardo la ricorrente che l'appalto era stato ad essa provvisoriamente aggiudicato, a fronte di un'offerta al ribasso del 48,78%, sull'importo a base d'asta determinato in € 1.539.357,71, al lordo degli oneri per la sicurezza pari ad € 61.129,27
- 3.- Con nota del 3 maggio 2010, il comune di Avellino ha tuttavia comunicato la sua esclusione dalla procedura di gara, perché nel

casellario informatico presso l'Osservatorio dei lavori pubblici, risulta un'annotazione a suo carico, ai sensi dell'art. 25, comma 5, lett. t) del DPR n. 34/2000.

In particolare è emerso che l'impresa ricorrente avrebbe omesso di dichiarare l'esistenza di una precedente annotazione, inserita nel Casellario informatico in data 31 gennaio 2008, nonostante l'espressa previsione del disciplinare di gara.

La stazione appaltante ha inoltre presentato denuncia all'Autorità giudiziaria per dichiarazione mendace.

Edilprogetti fa presente di avere impugnato, innanzi al Tar Toscana, sia il provvedimento di segnalazione del Comune di Pisa sia l'iscrizione nel casellario informatico, disposta dall'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici. Il Tar Toscana, con decisione n. 1248 del 5 maggio 2010, ha rigettato il ricorso.

Con nota inviata a mezzo fax l'11 maggio 2010, Edilprogetti ha invitato il comune di Avellino ad annullare il provvedimento di esclusione in autotutela e ad affidarle l'appalto.

Il Comune con nota del 31 maggio 2010 ha confermato i provvedimenti adottati.

Edilprogetti ritiene che i provvedimenti adottati dal comune di Avellino siano illegittimi per i seguenti articolati motivi:

1. violazione art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione art. 27 del DPR 34 del 2000; violazione del bando e del disciplinare di gara; travisamento dei fatti; difetto d'istruttoria, contraddittorietà,

sviamento.

L'Autorità di vigilanza di settore riferisce che il Comune di Pisa ha escluso Edilprogetti da una procedura di evidenza pubblica e che lo stesso comune di Pisa ha segnalato il fatto all'Autorità giudiziaria per dichiarazione mendace; tuttavia l'Autorità non avrebbe in alcun modo accertato che Edilprogetti ha rilasciato una dichiarazione mendace.

L'iscrizione a carico di Edilprogetti è avvenuta ai sensi dell'art. 27, lett. t) del DPR 34/2000, secondo cui vanno riportate nel casellario "tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario". Trattasi pertanto, secondo la ricorrente di mera pubblicità notizia, eventualmente utile per le Stazioni appaltanti ma tale da non consentire di norma l'esclusione e la mancata stipula del contratto.

2. sotto altro profilo e con riguardo specifico alla nota del 31 maggio 2010, violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione art. 27 del DPR 34 del 2000; violazione del bando e del disciplinare di gara; travisamento dei fatti; difetto d'istruttoria, contraddittorietà, sviamento.

Con nota del 31 maggio 2010, il comune ha confermato l'esclusione sebbene l'Autorità di vigilanza non abbia accertato la presenza di una falsa dichiarazione; così facendo il Comune si sarebbe limitato a rilevare l'esistenza di un'annotazione negativa nel casellario

informatico, senza effettuare alcuna indagine per verificare in quale misura la condotta della Edilprogetti possa in concreto avere leso i principi fondamentali di correttezza e professionalità delle imprese partecipanti.

Per questi motivi, ha chiesto l'annullamento, previa sospensione degli atti impugnati, e l'accertamento del diritto ad essere proclamata aggiudicataria dell'appalto ed in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio sia il comune di Avellino sia la controinteressata, Eco Edilizia, le quali con rispettive memorie hanno chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con ordinanza n. 610 del 17 giugno 2010, il Tar ha accolto la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Il Consiglio di Stato, con due distinte ordinanze n. 3456 e n. 3457 del 21 luglio 2010, ha accolto gli appelli cautelari presentati avverso la menzionata ordinanza cautelare del TAR sia dalla controinteressata Eco Edilizia sia dal Comune di Avellino.

Le parti, in vista dell'udienza pubblica del 13 gennaio 2011, hanno rassegnato memorie per ribadire e puntualizzare le rispettive posizioni.

La causa è stata quindi introitata per la decisione.

DIRITTO

1.- La controversia concerne l'esclusione della ricorrente dalla partecipazione alla gara indetta dal Comune di Avellino avente ad

oggetto l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico di padiglioni di una scuola elementare.

In fase cautelare il Tar ha ritenuto di dovere accogliere le pretese di parte ricorrente avendo considerato che, in linea generale, l'impresa partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori, destinataria di un'annotazione nel Casellario informatico dell'Osservatorio -ai sensi dell'art. 27 comma 2 lett. t), D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34- non è tenuta a rendere specifica dichiarazione di tale annotazione, posto che questo evento non rientrerebbe tra le cause di esclusione per carenza dei requisiti previsti dall'art. 38 d. lgs. 163/2006.

Nel caso di specie, ha inoltre osservato che il bando di gara non prevede espressamente l'onere di rendere, pena l'esclusione, tale dichiarazione.

Diverso invece l'orientamento espresso in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato che ha considerato meritevoli di favorevole apprezzamento le deduzioni difensive degli appellanti, con particolare riguardo "alla doverosità della esclusione della concorrente, in relazione alle dichiarazioni rese in sede di gara".

2.- Il Collegio ritiene il ricorso infondato, apparendo, ad una più approfondita disamina delle questioni prospettate dalle parti ed alla luce della pronuncia cautelare del Consiglio di Stato, che le deduzioni difensive del comune resistente e della società controinteressata abbiano maggiore consistenza.

3.- L'art. 27 del DPR 34 del 2000 -recante il Regolamento per l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici- disciplina l'istituto del casellario informatico.

Il comma 1 stabilisce che, presso l'Osservatorio per i lavori pubblici, è istituito il casellario informatico delle imprese qualificate, il quale è formato sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA ai sensi dell'art. 12, comma 5, del regolamento medesimo, e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti previste dal regolamento generale.

Il comma 2 chiarisce che nel casellario sono inseriti in via informatica per ogni impresa qualificata, tra gli altri, i seguenti dati:

- (lett. s) 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'art. 10, comma 1-quater, L. n. 109 del 1994:

- lett. t) tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, l'Osservatorio ritiene utili ai fini della tenuta del casellario.

4.- Ciò premesso, dalla consultazione del menzionato casellario sono emerse due annotazioni a carico della ricorrente:

- la prima, iscritta il 31.12.2008 ed inserita dal Ministero delle Infrastrutture – Provveditorato regionale per le opere pubbliche per la Campania ed il Molise, è relativa ad un inadempimento ad obblighi contrattuali al quale è seguita la risoluzione del relativo contratto di

appalto;

- la seconda, inserita il 6.11.2009 dal Comune di Pisa, è relativa all'omessa dichiarazione da parte della ricorrente dell'esistenza di una precedente annotazione risalente al 31.12.2008.

La prima annotazione riguarda l'accertamento di violazioni agli obblighi contrattuali; la seconda, quella determinante ai fini dell'esclusione della ricorrente, concerne l'omessa dichiarazione in una diversa procedura di gara (bandita dal comune di Pisa) che richiedeva alle imprese partecipanti, fra i requisiti generali di partecipazione, l'assenza nell'anno precedente di annotazioni nel casellario informatico.

La ricorrente censura il provvedimento di esclusione dalla gara deducendo che lo stesso non poteva essere adottato in relazione ad una semplice annotazione, rientrante tra quelle contemplate dall'art 27, comma 2, lett. t) del DPR 34 del 2000.

Più in particolare, sostiene al riguardo, che la stazione appaltante non potrebbe escludere in via automatica l'impresa destinataria di un'annotazione iscritta -ai sensi della citata lett. t), comma 2, dell'art. 27- nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Tale annotazione consisterebbe infatti in una "mera pubblicità di notizie" a differenza delle annotazioni di cui alla precedente lett. s).

A sostegno delle proprie ragioni, la ricorrente richiama la pronuncia del CGA per la Regione Sicilia, n. 777 del 23 settembre 2008, secondo cui l'iscrizione nel casellario informatico ha valenza

costitutiva degli effetti sanzionatori e tali effetti non possono che essere quelli relativi alla specifica violazione che ivi sia stata effettivamente registrata.

In conseguenza di ciò, ad avviso della ricorrente, alla fattispecie in esame non si applicherebbero le sanzioni sancite dall'art. 38, lett. h) del d. lgs. 163 del 2006..

L'assunto –ad una più attenta valutazione della normativa di riferimento- non può essere condiviso.

L'art. 27, comma 2, lett. t) del DPR 34 del 2000 introduce un'ipotesi di iscrizione atipica nel casellario, relativa ad ogni notizia riguardante l'impresa considerata utile dalla stazione appaltante per poterne apprezzare il grado di serietà ed affidabilità. La norma citata è quindi a chiusura del sistema perché intende garantire la stazione appaltante circa il grado di affidabilità di imprese che siano rimaste inadempienti ad obblighi contrattuali assunti per precedenti gare con altre stazioni appaltanti.

Il caso è quindi diverso rispetto a quello contemplato alla lett. s) che assume di per sé rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. h) del d. lgs. 163 del 2006.

Quest'ultima disposizione esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, dall'affidamento di subappalti, e dalla stipula dei relativi contratti i soggetti che, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti

ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

L'art. 27 obbliga in via generale le stazioni appaltanti a comunicare all'Osservatorio dei lavori pubblici ad inserire nel casellario informatico non solo le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara (come per l'appunto previsto dalla lett. s) del più volte richiamato art. 27) bensì anche ogni altra notizia riguardante le imprese incorse in comportamenti non leciti o che abbiano dichiarato falsità anche non in relazione all'esecuzione dei lavori ed al possesso dei requisiti speciali (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. IV, n. 2836 del 2007).

Nel caso in esame, la ricorrente ha subito un'annotazione di cui alla citata lett. t), comma 2, dell'art. 27 che commina l'automatica esclusione dalla partecipazione alla gara ove si abbia riguardo all'art. 38, comma 1, lett. h) d. lgs. 163 del 2006, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

5.- Parte ricorrente deduce peraltro che la stazione appaltante, prima

di procedere all'esclusione dell'impresa destinataria di un'annotazione, ai sensi della lett. t) art. 27 citato, avrebbe dovuto verificare il contenuto dell'annotazione stessa e valutare quale determinazione in concreto adottare.

Ciò non è condivisibile perché la stazione appaltante non può che registrare, senza alcuna possibilità di diversa valutazione, la sussistenza di una falsa od omessa dichiarazione, la conseguente segnalazione all'Autorità e la relativa annotazione disposta da quest'ultima nel casellario informatico, senza che residuino ulteriori margini di indagine e valutazione.

6.- Infondato si profila anche il secondo motivo di censura che ripropone sotto altra forma quanto già prospettato con il primo motivo. Deduce al riguardo la ricorrente che la stazione appaltante non ha il potere di escludere un concorrente, soltanto perché, a carico dello stesso, sono iscritte notizie ritenute utili ai fini della tenuta del casellario; sarebbero quindi illegittime le valutazioni compiute dalla stazione appaltante sul presupposto che, nella fattispecie, si verterebbe sui requisiti di moralità ed affidabilità che non rientrerebbero nelle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. h) del d. lgs. 163 del 2006.

La tesi non è accoglibile.

La ratio perseguita dal legislatore è di garantire che i contraenti con le pubbliche amministrazioni adeguino attività e comportamenti ai principi di affidabilità, moralità e professionalità, questo per evitare

forme di inquinamento o di condizionamento a vario titolo negli appalti di lavori pubblici (sul punto, cfr., Cons. Stato, 2836/2007). La presenza di un'annotazione nel casellario informatico, disposto a seguito di segnalazione di altra stazione appaltante per una precedente gara, non può che comportare, a questo punto, l'esclusione automatica, posto che il potere di indagine si è esaurito nel momento in cui la stazione appaltante, nell'ambito di una distinta e precedente procedura di evidenza pubblica, ha ritenuto opportuno segnalare l'inadempimento.

7.- Il ricorso va pertanto respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede staccata di Salerno, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso registro generale n. 933 del 2010, lo respinge.

Condanna Edil progetti 1987 s.r.l. al pagamento delle spese processuali che si liquidano in € 2.000,00 (duemila/00) in favore di ciascuna delle parti costituite, comune di Avellino, controinteressata Eco Edilizia soc. coop. a r.l., oltre Iva e Cassa, ove dovute per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei Magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

Ferdinando Minichini, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

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