



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 per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 3054 del 2011, proposto da Fercem costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Scuderi, elettivamente domiciliata presso in Roma, via Taranto n. 18, presso lo studio dell'avvocato A. Brancaccio;

contro

l'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata ex lege; comune di S. Paolo Belsito;

nei confronti di

San Paolo Sviluppo s.p.a., in persona del legale rappresentante, non

costituita in giudizio;

Longobardi finanziaria s.p.a. , in persona del legale rappresentante,
non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione

della nota del Direttore generale Vigilanza Lavori, ufficio VERI,
prot. n. 21876/11/VILAVER del 23 febbraio 2011, recante
comunicazione di annotazione della ricorrente nel casellario
informatico, dell'annotazione eseguita il 19 febbraio 2011, della
segnalazione eseguita dal comune con nota prot. n. 5528 del 22
dicembre 2010 e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto,
connesso e /o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2012 il dott.
Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso all'esame la società Fercem costruzioni s.r.l.
denuncia l'illegittimità dell'iscrizione al casellario informatico

dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici in data 19 febbraio 2011 della seguente annotazione: <<la stazione appaltante comune di S. Paolo Belsito ha comunicato di aver revocato l'aggiudicazione definitiva all'operatore economico Fercem costruzioni s.r.l. per l'affidamento della "progettazione, realizzazione e gestione del piano per gli insediamenti produttivi" (come da provvedimento n. 27/2010 del 5 maggio 2010) ciò per la mancata stipula del contratto per fatti dipendenti dall'impresa">>.

Contro l'annotazione e la presupposta segnalazione del comune di S. Paolo Belsito era quindi proposto il ricorso all'esame.

2. L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici resiste al ricorso.
3. Con ordinanza n. 1645 del 5 maggio 2011 la sezione accoglieva l'istanza di tutela cautelare e fissava l'udienza di discussione del ricorso.

DIRITTO

1. Ai fini della comprensione delle censure prospettate e delle ragioni della decisione è opportuna una sintetica premessa sui fatti che hanno dato origine all'annotazione contestata.

Alla ricorrente è stata aggiudicata con delibera n. 27 del 5 maggio 2010 la gara avente a oggetto "l'affidamento della progettazione, realizzazione e gestione del P.I.P.; gara *project financing*".

Successivamente all'aggiudicazione la ricorrente – che era stata già sollecitata alla stipula della necessaria convenzione - comunicava al comune di volersi avvalere della facoltà prevista dall'articolo 9 del

disciplinare di costituire una “società di progetto” per l’attuazione del piano; la società (San Paolo Sviluppo s.p.a.) era di fatto costituita ma, non avendo né la Fercem né la San Paolo sviluppo provveduto al versamento, più volte sollecitato dal comune, delle spese di gara e della cauzione definitiva il comune con provvedimento del 5 novembre 2010 pronunciava la revoca dell’aggiudicazione della gara; la revoca – che la ricorrente impugnava con ricorso innanzi al T.A.R. Campania, sezione staccata di Salerno - era segnalata all’autorità di vigilanza sui contratti pubblici che il 19 febbraio 2011 procedeva all’iscrizione dell’annotazione nei termini indicati nella parte in fatto.

2. Ciò premesso la ricorrente denuncia che l’annotazione a suo carico è illegittima anzitutto perché se responsabilità dell’impresa per la mancata stipula del contratto vi è stata essa sarebbe della San Paolo Sviluppo e non della Fercem che aveva comunicato alla stazione appaltante di volersi avvalere della facoltà di costituire la società di progetto e che di fatto l’aveva costituita comunicandolo alla stessa stazione appaltante, che di tale fatto aveva anche preso atto.

3. A ciò si aggiunge che l’Autorità ha ommesso ogni verifica in punto di presupposti di fatto e ogni garanzia partecipativa; aggiunge la ricorrente che il modello utilizzato per la segnalazione dal comune si riferisce alla segnalazione di fatti riguardanti la fase di esecuzione di contratti relativi a servizi e forniture e quindi non è pertinente al caso in esame; in più anche a voler ritenere che la revoca per fatto dell’impresa dell’aggiudicazione fosse segnalabile la stazione

appaltante, soprattutto tenuto conto della complessità della fattispecie, avrebbe dovuto previamente dare avviso della propria intenzione di procedere alla segnalazione.

Contesta ancora la ricorrente che gli atti impugnati in questa sede sono illegittimi per illegittimità derivata; sul punto la ricorrente evidenzia di aver impugnato innanzi al T.A.R. Campania, sede di Salerno, la revoca dell'aggiudicazione con ricorso tuttora pendente; gli atti impugnati in questa sede sono quindi illegittimi, in via derivata, anche per i vizi del provvedimento di revoca.

Infine con l'ultimo motivo si evidenzia che la stazione appaltante ha eseguito la segnalazione ben oltre il termine di 10 giorni previsto dalla deliberazione n. 1 del 2008 dell'Autorità.

4. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto.

5. La prima questione da affrontare in ordine logico è quella relativa alla inseribilità nel casellario informatico della annotazione in contestazione.

Come accennato la ricorrente la nega anzitutto evidenziando che la segnalazione è stata eseguita utilizzando il modello B allegato alla determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008 dell'A.V.C.P. che si riferisce ai contratti di servizi e forniture (diversi quindi da quello cui si riferisce la controversia), mentre gli allegati A e C non contemplano la voce (mancata stipula del contratto per fatto dell'impresa; punto 6.1.1).

Va rilevato che, benchè l'annotazione faccia riferimento al modulo B

allegato alla deliberazione n. 1 del 2008, sia il modulo B allegato alla comunicazione del Presidente dell'Autorità del 19 settembre 2010, cioè il “Modulo per la segnalazione dei fatti riguardanti la fase di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture” attualmente in uso (e scaricabile dal sito web dell'Autorità), sia il modulo B allegato alla deliberazione n. 1 del 2008 citata prevedono al punto 6.1.1. la segnalazione della “mancata stipula del contratto per fatto dell'impresa”. Specificamente il punto 6.1. (di entrambi i moduli) si richiamano alle disposizioni delle lettere p) e t) del comma 2 dell'articolo 34 del D.P.R. 25 gennaio 2000 che prevedono rispettivamente l'annotazione di “eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione di lavori ovvero gravi inadempienze contrattuali anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, comunicate dalle stazioni appaltanti” e di “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”. L'annotazione in contestazione è riconducibile a queste disposizioni che, coerentemente con la loro *ratio*, ben possono comprendere l'ipotesi in cui, avvenuta l'aggiudicazione, ad essa non segua la stipulazione del contratto né l'esecuzione dei lavori non avendo l'aggiudicatario posto in essere gli adempimenti occorrenti cui si era obbligato avendo accettato il regolamento di gara; del resto la mancata stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario

costituisce un'informazione utile per la valutazione dell'affidabilità dei soggetti che partecipano a gare pubbliche.

Va poi aggiunto che, posto che l'Autorità, in sede di procedimento di annotazione, è tenuta soltanto a verificare l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante nella fattispecie nessuna delle due condizioni sussiste nella fattispecie; la ricorrente sostiene al riguardo che l'annotazione sarebbe dovuta avvenire non a suo carico ma a carico della società San Paolo Sviluppo, essendosi essa avvalsa della facoltà prevista dal disciplinare di gara di costituire per l'attuazione dell'intervento una società di scopo. In contrario però deve rilevarsi che la gara era stata aggiudicata alla ricorrente e che la revoca dell'aggiudicazione è stata quindi pronunciata anche nei suoi confronti; insomma, in disparte la questione della legittimità della revoca (che è *sub judice* presso il T.A.R. Campania), appare corretto che l'annotazione, avendo formalmente a oggetto la revoca dell'aggiudicazione a favore della Fercem, sia stata eseguita a carico di quest'ultima. Occorre poi aggiungere che la circostanza che la revoca fosse stata impugnata non impediva l'annotazione dato che essa non è stata sospesa (anzi la ricorrente neppure ha proposto con il suo ricorso l'istanza di sospensione che, ove accolta, avrebbe temporaneamente privato di effetti il presupposto dell'annotazione). Tuttavia l'annotazione della segnalazione avrebbe dovuto recare la precisazione che la revoca dell'aggiudicazione era stata impugnata e

che il giudizio era ancora pendente; da questo punto di vista l'annotazione eseguita dall'Autorità reca un'informazione incompleta dato che – se come sopra accennato l'annotazione della mancata stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario costituisce un'informazione utile per la valutazione dell'affidabilità dei soggetti che partecipano a gare pubbliche – altrettanto utile (soprattutto per l'impresa interessata) è che l'annotazione sia completa e riporti anche la notizia che l'atto cui si riferisce l'annotazione è *sub iudice*.

6. Fondata è la censura relativa all'omissione dell'avviso di procedimento.

La giurisprudenza amministrativa è infatti orientata nel senso di ritenere che “dell'avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l'Autorità di Vigilanza debba essere notiziato l'interessato, anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni. Invero, né dalla l. n. 241 del 1990, né dal sistema della legislazione sui pubblici appalti, si desume una deroga al principio generale dell'avviso di avvio del procedimento, quanto allo specifico procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio. Anzi, una conferma della necessità di garantire la partecipazione (mediante avviso di avvio del procedimento e mediante contraddittorio) nel procedimento di

iscrizione di dati e notizie nel casellario informatico si desume dalla determinazione n. 1/2008 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che ha istituito il casellario informatico per servizi e forniture” (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905). E' vero che, come sottolineato dalla difesa dell'amministrazione in questa stessa sentenza si afferma che “quando la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati all'Osservatorio, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine al se della comunicazione e al contenuto della stessa, si possono, come regola generale, individuare equipollenti dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione”.

Appare però più aderente alle peculiarità della fattispecie ritenere che in questo caso la comunicazione da parte dell'Autorità fosse dovuta; infatti, benché la revoca dell'aggiudicazione indicasse che sarebbe stata informata l'Autorità di vigilanza, nondimeno il provvedimento risulta formulato in punto di individuazione del responsabile della mancata stipulazione in modo non chiaro (menzionando anche la mancata produzione da parte della San Paolo Sviluppo degli atti occorrenti alla stipula della convenzione e la mancata costituzione da parte di quest'ultima della cauzione definitiva). A ciò si aggiunge che, ove alla ricorrente fosse stato dato l'avviso, essa avrebbe avuto anche la possibilità di informare l'Autorità del ricorso che aveva proposto dandole la possibilità di inserire nell'annotazione anche questa ulteriore informazione; anche in questa prospettiva resta confermata

l'utilità dell'invio dell'avviso di procedimento.

7. Quanto infine alla violazione del termine di 10 giorni prescritto per la segnalazione dalla deliberazione n. 1 del 2008 più volte citata essa non determina l'illegittimità dell'iscrizione dato che è la stessa deliberazione a disciplinarne le conseguenze stabilendo l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 6, comma 11, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163.

8. Conclusivamente il ricorso va accolto e l'atto impugnato annullato. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione III, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Condanna l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi euro duemila.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2012

IL SEGRETARIO

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