



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 5177 del 2012, proposto da:

Lenzo Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Natale Bonfiglio, elettivamente domiciliata presso la sig.ra Antonia De Angelis in Roma, Via Portuense n. 104

contro

l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – AVCP, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata

nei confronti di

Acquedotto pugliese s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Ernesto Mocci in Roma, Via Germanico n. 146

per l'annullamento

del provvedimento Avcp n. 126 del 19 aprile 2012, con cui è stata disposta l'annotazione nel casellario informatico della revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara avente a oggetto: "lavori di adeguamento dell'impianto di depurazione di Zapponeta", disposta dalla stazione appaltante Acquedotto pugliese s.p.a. per omessa indicazione di precedenti penali, nonché l'interdizione per mesi 6 dalla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. *h*), d.lgs. n. 163/06 e la sanzione pecuniaria di 3.000,00 euro; di ogni atto connesso, ivi inclusa la nota di trasmissione e il provvedimento di annotazione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del 23 gennaio 2013 il cons. Mario Alberto di Nezza e sentiti i difensori delle parti come da verbale;

1. Rilevato:

- che la società Lenzo Costruzioni, già aggiudicataria della gara indicata in epigrafe, premettendo: di avere

impugnato la successiva revoca dell'aggiudicazione (oltre che la nuova aggiudicazione in favore di altra impresa), disposta per pretese false dichiarazioni sui precedenti penali del direttore tecnico dell'impresa, con ricorso attualmente pendente innanzi al T.a.r. Puglia (r.g. n. 78/2010), senza peraltro ottenere gli invocati provvedimenti cautelari (sul rilievo dell'avvenuta ultimazione dei lavori; ord. T.a.r. Catania, adito in prima battuta, n. 1559/09); di avere chiesto, tuttavia infruttuosamente, l'archiviazione del procedimento intrapreso dall'intimata AVCP a seguito di segnalazione della stazione appaltante, e di avere a tal fine prodotto all'Autorità il certificato del casellario giudiziale negativo in riferimento al direttore tecnico; tanto esposto, ha chiesto l'annullamento del provvedimento indicato in epigrafe, recante irrogazione dell'interdizione per 6 mesi dalla contrattazione con le pp.aa. e della sanzione pecuniaria di 3.000,00 euro;

- che, costituitesi in giudizio l'amministrazione e la società Acquedotto pugliese, con ordinanza n. 2586 del 16 luglio 2012 è stata accolta l'istanza cautelare;

- che alla suindicata udienza di merito il ricorso è stato trattenuto in decisione;

2. Considerato:

- che sulle doglianze prospettate si osserva quanto segue:

i) la società ricorrente lamenta l'errata applicazione *ratione temporis* alla fattispecie (risalente al 2009) sia dell'art. 38, co. 1-ter, d.lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.l. n. 70/2011 e modificato dal d.l. n. 5/2012, sia dell'art. 8, co. 2, lett. s), d.P.R. n. 207 del 2010 (oltre che del regolamento dell'Autorità sulle procedure sanzionatorie, approvato con deliberazione del 2.3.2010), nonostante la disciplina transitoria ne prevedesse l'operatività per le sole procedure attivate da bandi pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore.

Il motivo, infondato quanto all'annotazione per "false dichiarazioni" stante la previgente esistenza del meccanismo del casellario (cfr. art. 27 d.P.R. n. 34/2000 e det. AVCP n. 1/2008) ora disciplinato dal d.P.R. n. 207/2010 (in concreto applicabile in considerazione dell'epoca del procedimento), è per il resto inammissibile per carenza di interesse, alla luce dell'effetto maggiormente pregiudizievole per la posizione dell'interessata nel caso di applicazione della normativa anteriore, preclusiva della duplice possibilità di valutare l'elemento soggettivo (dolo o colpa grave) e di graduare la sanzione interdittiva (all'epoca determinata nella misura fissa di un anno).

ii) Ancora, il provvedimento sanzionatorio sarebbe inficiato dalla circostanza della non definitività dell'accertamento della condotta illecita (false dichiarazioni alla stazione appaltante) in ragione della pendenza del menzionato giudizio avverso la revoca dell'aggiudicazione (basata sulle medesime circostanze poste a base dell'annotazione nel casellario).

La censura non merita condivisione.

Non sembra in proposito rilevare l'orientamento - dichiaratamente minoritario - espresso da Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193, sulla condotta esigibile dalla stazione appaltante allorché si trovi a decidere dell'ammissione alla gara di imprese aventi annotazioni nel casellario contestate in sede giurisdizionale, potendo semmai porsi una questione di connessione (parzialmente oggettiva) e un problema di potenziale contrasto di giudicati alla luce della comunanza del nucleo essenziale del presente giudizio e di quello sull'esclusione - falsità delle dichiarazioni rese dal direttore tecnico - pendente innanzi al T.a.r. Puglia (a consimili evenienze sembra voler porre rimedio, quantomeno nelle ipotesi di sussistenza di vincolo di presupposizione tra provvedimenti, l'art. 10, comma 4-bis, cod. proc. amm., introdotto dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, secondo cui "la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza").

La doglianza può nondimeno essere disattesa alla luce dell'ormai acquisito orientamento della Sezione circa

l'autonomia del procedimento governato dall'Autorità rispetto a quello svolto dalla stazione appaltante in sede di disamina dei requisiti di ammissione alla gara (v. sent. 16 febbraio 2012, n. 1642, che richiama le sentt. 11 novembre 2009, nn. 11068 e 11090; v. anche Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3661).

iii) Il provvedimento sanzionatorio, fondato sulla dichiarazione del direttore tecnico resa in sede di gara di non avere precedenti penali e sulle contrarie risultanze del casellario giudiziale (condanna per calunnia per fatti del 1981; tre decreti penali per i reati di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali, commessi il 1990, il 1992 e il 1997; sentenza di applicazione della pena su richiesta per il reato di emissione di assegno senza provvista, commesso il 1993), sarebbe ulteriormente viziato: *a)* in ragione dell'erroneo apprezzamento della menzionata dichiarazione, a dire della ricorrente conforme al certificato del casellario giudiziale rilasciato al medesimo direttore tecnico il 25.3.2009 (le condanne indicate dall'Autorità sarebbero invece emerse dalla richiesta dell'Autorità stessa al competente ufficio giudiziario, che le avrebbe a sua volta attinte dall'"archivio storico"), con conseguente assenza di dolo o colpa grave; *b)* da difetto di motivazione (e di istruttoria) in ordine all'influenza di dette condanne sulla "moralità professionale" dell'impresa (e dunque sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante), oltre che dall'irrelevanza in concreto dei precedenti penali (anche alla luce della circostanza che i pagamenti dei contributi previdenziali e assistenziali della ricorrente sarebbero stati effettuati dall'amministratore e legale rappresentante, non già dal direttore tecnico); l'Autorità avrebbe inoltre violato i citati artt. 38, co. 1-ter, d.lgs. n. 163/06 e 8, co. 4, regol. sui procedimenti sanzionatori, non avendo tenuto conto dell'"innocuità" di tali reati (in quanto molto risalenti).

I profili di critica non meritano condivisione.

Premesso che la società ricorrente ha potuto esporre le sue deduzioni innanzi all'Autorità (come si evince dalle premesse del provvedimento impugnato) e che la *lex specialis* imponeva la dichiarazione di tutti i reati commessi "anche se ritenuti non rilevanti o incidenti sulla moralità professionale" nonché delle condanne per le quali fosse stato concesso il beneficio dalla "non menzione", non pare assumere rilievo, ai fini della configurazione dell'illecito, la circostanza che i precedenti in questione non risultassero dal certificato del casellario acquisito dall'interessato - privo di riferimenti alle condanne "delle quali è stato ordinato che non si faccia menzione" ai sensi degli artt. 23, 24 e 25 d.P.R. n. 313/2002 (rispettivamente, sui certificati richiedibili dall'interessato, sul "certificato generale" e sul "certificato penale") -, non solo per la ragione che tali peculiari vicende avrebbero (verosimilmente) dovuto essergli note, ma che eventuali *défaillance* mnemoniche avrebbero potuto essere rimediate attraverso la visura di tutte le iscrizioni *ex art. 33 d.P.R. n. 313/2002 cit.*

Quanto al profilo dell'eventuale incidenza dei precedenti sulla moralità professionale, va chiarito che la condotta omissiva (*recte*: commissiva mediante omissione; cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 3361/2011 cit.) ascritta alla società istante ha comunque impedito alla stazione appaltante di effettuare l'apprezzamento ad essa demandato dalla legge in sede di ammissione dei partecipanti alla gara, presentando perciò una portata autonomamente lesiva.

iv) Sostiene da ultimo la ricorrente che la determinazione impugnata non recherebbe l'estemazione della motivazione sugli elementi presi a riferimento per la quantificazione delle sanzioni ai sensi degli artt. 9 e 10, co. 4, del citato regolamento AVCP 2.3.2010, non essendo stata in particolare posta in evidenza la sussistenza dell'elemento soggettivo (cfr. punti 8.3, in fine, e 8.4 ric.).

La doglianza è fondata in relazione all'apprezzamento della vicenda rispetto ai parametri di commisurazione delle sanzioni *ex art. 9 regol. cit.* (valore economico dell'appalto cui l'infrazione si riferisce; gravità dell'infrazione, tra cui dolo e colpa grave; condizioni economiche dell'operatore coinvolto; eventuale reiterazione di comportamenti analoghi a quelli contestati; opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'infrazione contestata).

Nel provvedimento impugnato si rinviene infatti un riferimento alla sussistenza del “dolo o colpa grave” (“atteso che il bando di gara richiedeva di dichiarare tutti i reati [...] e che nel caso di specie la Lenzo aveva dichiarato unicamente la presenza di un carico pendente [...] mentre aveva ommesso di dichiarare quelli passati in giudicato”), effettuato con modalità tali da rilevare solo ai fini dell’imputabilità dell’illecito non già della graduazione della responsabilità, e un secondo riferimento alla circostanza che “per i reati commessi era maturato il periodo per poter chiedere l’estinzione o la riabilitazione”, vale a dire un fattore riconducibile alla “gravità dell’infrazione”.

Tali affermazioni sono inidonee a sorreggere l’individuazione dell’entità dell’irrogata interdizione.

Più correttamente, l’Autorità avrebbe dovuto: in primo luogo, ai fini della valutazione della “gravità” dell’infrazione, specificare il titolo di ascrizione della responsabilità (dolo o colpa) con le relative graduazioni di intensità e identificare altri elementi all’uopo rilevanti (consimili a quelli indicati nel provvedimento, quali, a es., la possibilità di ottenere la riabilitazione o anche *l’abolitio criminis*); in seconda battuta, procedere alla determinazione della sanzione anche sulla scorta degli altri fattori enunciati nell’art. 9 cit..

Giova infine osservare che non pare sussistere il potere di questo Giudice di stabilire in concreto (sostituendosi all’amministrazione) l’entità della misura interdittiva, ciò sembrando precluso dall’art. 134, co. 1, lett. c), cod. proc. amm., che si riferisce unicamente alle sanzioni pecuniarie (ed è appena il caso di precisare che la sanzione pecuniaria irrogata alla ricorrente non è, nella sostanza, oggetto di contestazione, verosimilmente in considerazione della sua tenuità);

- che pertanto, in parziale accoglimento del ricorso, dev’essere affermata l’illegittimità dell’atto impugnato per difetto di istruttoria e di motivazione, con suo conseguente annullamento, nella parte concernente l’irrogazione della sanzione interdittiva di 6 mesi, salvi gli ulteriori provvedimenti dell’amministrazione (la quale in particolare dovrà, ove possibile e in assenza di eventuali altri fattori impeditivi della conclusione dell’*iter* sanzionatorio, rivalutare la vicenda nei sensi innanzi indicati e, se del caso, applicare detta misura interdittiva, comunque entro la soglia massima già stabilita nel provvedimento impugnato, non potendo il giudizio andare a detrimento del ricorrente);

- che la reciproca soccombenza e la peculiarità e novità delle questioni consentono di ravvisare i presupposti per disporre l’integrale compensazione delle spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione Terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato *in parte qua*. Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 gennaio 2013 con l’intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2013

IL SEGRETARIO

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