

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3754

Appalti – Esclusione – Per collegamento sostanziale – Annotazione nel Casellario informatico – Necessità – Sussiste.

N. 03754/2010 REG. DEC.

N. 08086/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 8086 del 2006, proposto dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è per legge domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Imbesi Giuseppe quale titolare dell'omonima impresa individuale;

nei confronti di

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Paola Cozzi, Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey, Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo, in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio – Roma, sez. III, n. 2797/2006, resa tra le parti, concernente ISCRIZIONE NEL CASELLARIO INFORMATICO DI UN PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE DA GARE DI APPALTO PER COLLEGAMENTO SOSTANZIALE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Pisana e l'avvocato Resta (su delega dell'avv. Izzo);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno appellato, titolare di omonima impresa individuale, ha partecipato a tre appalti di lavori pubblici indetti dal Comune di Milano, associato in a.t.i. con altre imprese.

La stazione appaltante ha disposto l'esclusione dalla gara per ritenuto collegamento sostanziale.

Gli atti di esclusione sono stati impugnati al Tar Milano, che ha respinto i ricorsi.

1.1. La stazione appaltante ha comunicato i provvedimenti di esclusione all'Autorità di vigilanza, che ne ha disposto l'iscrizione nel casellario informatico, e ha successivamente inserito una precisazione nell'iscrizione.

1.2. Con ricorso al Tar Lazio –Roma, l'odierno appellato ha impugnato sia l'originaria annotazione che la successiva integrazione.

1.3. Il Tar ha accolto il ricorso sotto due profili:

a) l'iscrizione nel casellario informatico delle esclusioni per collegamento sostanziale troverebbe il suo fondamento nell'art. 27, lett. t), d.P.R. n. 34/2000, ma necessiterebbe di puntuale motivazione sull'utilità dell'iscrizione;

b) nel procedimento di iscrizione si sarebbero dovute osservare le garanzie partecipative.

2. Ha proposto appello l'Autorità di vigilanza, con atto ritualmente e tempestivamente notificato e depositato.

Si lamenta con l'appello che:

a) l'iscrizione dell'esclusione per collegamento sostanziale non necessiterebbe di alcuna motivazione essendo un atto dovuto;

b) essendo l'iscrizione un atto dovuto, non occorrerebbe rispettare alcuna garanzia partecipativa.

3. L'appello va accolto quanto al primo motivo e respinto quanto al secondo, e per l'effetto resta accolto il ricorso di primo grado, ma con motivazione parzialmente diversa rispetto a quella adottata dal Tar.

4. Quanto alla prima questione, si tratta di stabilire se qualsivoglia provvedimento di esclusione possa essere segnalato e iscritto, o solo i provvedimenti di esclusione per difetto dei requisiti di qualificazione.

Vengono in considerazione le lettere r) e t) dell'art. 27, co. 2, d.P.R. n. 34/2000.

Secondo l'art. 27, co. 2, lett. r) citato, vanno iscritte nel casellario informatico <<eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'articolo 8, settimo comma, della legge (l. n. 109/1994) adottati dalle stazioni appaltanti>>.

Secondo l'art. 27, co. 2, lett. t), citato, vanno iscritti nel casellario informatico <<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>>.

Occorre anzitutto interpretare il rinvio operato dall'art. 27, co. 2, lett. r), d.P.R. n. 34/2000 all'art. 8, co. 7, l. n. 109/1994.

In quest'ultima disposizione si indica l'autorità competente a pronunciare l'esclusione dalle gare, facendosi menzione, per un periodo transitorio, dell'Albo nazionale costruttori, e per il periodo a regime, delle singole stazioni appaltanti.

Si fa riferimento alle esclusioni nei casi previsti dall'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993. Trattasi di disposizione comunitaria che indica i requisiti generali di partecipazione alle gare, non menzionando, peraltro, le esclusioni per collegamento formale o sostanziale, introdotte dalla legge n. 109/1994 (la

prima) e dalla prassi e dalla giurisprudenza, e poi dal d.lgs. n. 163/2006 (la seconda).

Secondo una tesi restrittiva le esclusioni cui fa riferimento l'art. 8, co. 7, l. n. 109/1994, sono solo quelle per difetto dei requisiti di qualificazione, e non anche quelle per difetto dei requisiti generali.

La tesi non può essere condivisa.

E' bensì vero che l'art. 8, nel suo complesso, si riferisce alla qualificazione, e dunque ai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, e non a quelli generali (di carattere morale). Tuttavia, il settimo comma, che qui viene in rilievo, mediante il rinvio all'art. 24, direttiva 93/37/CEE, mostra di fare riferimento alla esclusione per difetto dei requisiti di carattere generale.

Si deve poi ritenere che il richiamo alle esclusioni previste dall'art. 24, direttiva 93/37/CEE, non vada inteso come rinvio fisso e tassativo ai soli casi di esclusione ivi contemplati, ma vada inteso invece come richiamo mobile a tutti i casi di esclusione per difetto dei requisiti di carattere generale, che il legislatore nazionale via via preveda in recepimento dell'art. 24, direttiva citata.

Così intesa la norma, è evidente che l'art. 8, co. 7, l. n. 109/1994, si riferisce a tutte le esclusioni disposte dalle stazioni appaltanti, sia per difetto dei requisiti di qualificazione, sia per difetto dei requisiti generali, sia l'esclusione per collegamento sostanziale.

In ogni caso, soccorre la norma di chiusura dell'art. 27, co. 2, lett. t), d.P.R. n. 34/2000, interpretata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nel senso di costituire il fondamento della possibilità di segnalare e

iscrivere nel casellario informatico il provvedimento di esclusione disposta per collegamento sostanziale.

Si è infatti statuito che la notizia relativa all'esclusione di alcune imprese, in quanto legate da un collegamento sostanziale che rivela l'imputazione delle relative offerte ad un unico centro decisionale, merita di essere annotata e pubblicata, per mezzo della sua iscrizione, ex art. 27, d.P.R. n. 34/2000, nel casellario informatico in quanto idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici (Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792).

E, ancora, si è affermato che l'esclusione di due o più imprese per collegamento sostanziale è oggetto di interesse ai fini dell'inserimento di tali dati nel casellario informatico, ai sensi dell'art. 27, co. 2, lett. t), d.P.R. n. 34/2000, perché ciò consente alle stazioni appaltanti di escludere, in via di autotutela, dalle proprie gare, le imprese oggetto di annotazione, qualora ricorrano oggettivi dubbi sulla serietà e indipendenza delle offerte, valutazione che, ovviamente, non può che essere effettuata a posteriori (Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554).

La soluzione a cui è pervenuta in via esegetica la giurisprudenza amministrativa, in applicazione dell'art. 27, d.P.R. n. 34/2000, trova conferma nello schema di regolamento, che, nell'indicare i dati da iscrivere nel casellario informatico, sia per le imprese qualificate con il sistema SOA, sia per le altre imprese, menziona i <<provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni in materia>>,

senza alcuna distinzione di tipologia (art. 8, co. 2, lett. r), schema di regolamento).

4.1. A differenza di quanto affermato dal Tar, per l'iscrizione nel casellario informatico del provvedimento di esclusione dalla gara di appalto per collegamento sostanziale, ai sensi dell'art. 27, lett. t), citato, non occorre una particolare motivazione che specifichi la valutazione di utilità della notizia, atteso che l'utilità dell'iscrizione di una esclusione da una gara è *in re ipsa*, e incontra il solo limite della insussistenza del fatto oggetto di iscrizione.

Questo Consesso ha infatti statuito, quanto all'esclusione per collegamento, che l'iscrizione nel casellario si giustifica in quanto idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici (Cons. St., sez. IV, n. 5792/2004).

5. L'appello va respinto quanto al secondo motivo.

5.1. In tema di garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario informatico, la giurisprudenza di questo Consesso ha affermato che esse sono, in linea di principio, sempre dovute, salvo ad ammettere equipollenti quando la segnalazione da parte della stazione appaltante e la conseguente iscrizione sono un atto dovuto. Si è infatti affermato che dell'avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l'Autorità di vigilanza deve 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. 241/1990, 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 proprio dalla determinazione n. 1/2008 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che ha istituito il casellario informatico per servizi e forniture (Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4905).

A ciò aggiungasi che sia lo schema di regolamento di esecuzione del codice appalti, sia la delibera n. 1/2010 dell'Autorità di vigilanza, prevedono garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario.

Tuttavia, 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. Diverso discorso va svolto per dati la cui comunicazione non è automatica e dovuta, ma frutto di valutazioni da parte della stazione appaltante su dati opinabili; ciò accade ad es. nel caso di segnalazione di episodi di grave negligenza o grave inadempimento, e nel caso di false dichiarazioni. Infatti, in tali casi la stazione appaltante, per effettuare la segnalazione, deve valutare se vi è

o meno grave negligenza, grave inadempimento, falsità della dichiarazione. Sicché l'interessato non può sapere "ex ante" se e quando tale valutazione verrà svolta in senso affermativo e se vi sarà o meno segnalazione all'Osservatorio. Pertanto, dell'avvio del procedimento di iscrizione nel casellario va dato avviso all'interessato, salvo individuare caso per caso equipollenti idonei allo scopo (ad es. comunicazione dell'esclusione per grave negligenza o falsa dichiarazione, accompagnata dall'avviso che l'atto viene trasmesso anche all'Osservatorio) (Cons. St., sez. IV, n. 4905/2009).

5.2. Tanto premesso, si deve osservare che la segnalazione dell'esclusione per collegamento può considerarsi un atto dovuto, sicché le garanzie partecipative potevano, in astratto, avere equipollenti.

5.3. Tuttavia l'Autorità di vigilanza, autolimitandosi, aveva consentito la partecipazione comunicando la data di audizione dell'impresa presso l'Autorità.

Tale data era stata poi rinviata a data da destinarsi e il rinvio comunicato all'interessato, ma di fatto nessuna nuova data veniva stabilita e il provvedimento veniva adottato senza audizione.

Tale condotta dell'Autorità ha violato le garanzie partecipative, in quanto ha indotto nell'impresa il ragionevole affidamento che vi sarebbe stata una audizione nella quale far sentire le proprie ragioni.

L'impresa è stata lasciata in uno stato di *stand-by* che le ha impedito di difendersi, ad es., mediante memorie scritte, come l'impresa avrebbe potuto fare se avesse saputo con chiarezza che non ci sarebbe stata una audizione orale.

Una volta che l'Autorità aveva optato per un procedimento in contraddittorio, tale procedimento avrebbe dovuto rispettare, o avrebbe dovuto tempestivamente avvisare l'impresa che si era stabilito di non dare corso al contraddittorio.

In conclusione l'appello va accolto in parte e per l'effetto il ricorso di primo grado resta accolto con diversa motivazione.

Le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie per quanto di ragione e, per l'effetto, il ricorso di primo grado resta accolto con diversa motivazione.

Compensa le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Domenico Cafini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione